

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MILANO
SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
"CESARE BECCARIA"

Sezione di scienze penalistiche

CURRICULUM DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE
CICLO XXVI°

LA PROVA ATIPICA
NEL SISTEMA PROCESSUALE PENALE

IUS /16

DOTTORANDA

DANIELA CRISTINA CULTRERA

TUTORE

CHIAR.MA PROF.SSA NOVELLA GALANTINI

COORDINATORE

DEL DOTTORATO

CHIAR.MA PROF.SSA DANIELA VIGONI

A.A. 2014/2015

INDICE

Introduzione	4
--------------	---

Capitolo I°

Le prove non disciplinate dalla legge: profili generali

1. Cenni sull'evoluzione del metodo di accertamento giudiziale dalla teoria della prova legale al libero convincimento del giudice	7
2. Tassatività e libertà dei mezzi di prova: due principi a confronto	12
2.1. La scelta di compromesso del Legislatore del 1988	15
3. Nozione di prova non disciplinata dalla legge	19
4. Estensione del concetto di atipicità ai mezzi di ricerca della prova	25

Capitolo II°

Ammissibilità e assunzione

delle prove atipiche nel processo penale

1. Le condizioni di ammissibilità delle prove non disciplinate dalla legge dettate dall'art. 189 c.p.p.: premessa	28
1.1. L'idoneità all'accertamento dei fatti	30
1.2. La tutela della libertà morale della persona	32
2. Il procedimento di acquisizione della prova atipica: il contraddittorio anticipato nell'assunzione della prova ex art. 189 c.p.p.	37
3. Il ruolo del giudice e il contributo delle parti	41
3.1. Brevi cenni sul valore accertativo delle prove non disciplinate dalla legge	43

4. La prova scientifica al confine tra tipicità e atipicità probatoria: l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 189 c.p.p.	46
4.1. Il concetto di idoneità probatoria dello strumento scientifico-tecnico	51
4.2. Tutela della libertà personale dell'indagato e accertamenti corporali coattivi	54

Capitolo III°

La categoria delle prove atipiche nella prassi e nella giurisprudenza

1. Legalità processuale <i>versus</i> atipicità creativa	61
2. Le videoriprese di immagini e comportamenti non comunicativi	66
3. La captazione atipica di comunicazioni: la registrazione di conversazioni ad opera di uno dei partecipi	80
4. Il pedinamento satellitare	86
5. Le ricognizioni " <i>non disciplinate dalla legge</i> ": il riconoscimento informale in udienza	96
6. Il riconoscimento fotografico, di cose e di voci	102
7. La prova dattiloscopica	111
8. Le investigazioni informatiche: perquisizioni <i>online</i> , acquisizione della prova digitale e sequestro di corrispondenza	117

Bibliografia	134
--------------	-----

Introduzione

Il moltiplicarsi di strumenti investigativi ad alta tecnologia ha ridato vigore al tema della prova atipica, il cui riconoscimento entro i rigidi parametri assuntivi dettati dall'art. 189 c.p.p. sintetizza il dibattito sulla scelta tra libertà o tassatività dei mezzi di prova che ha caratterizzato gli anni antecedenti all'adozione del vigente codice di procedura penale. In ragione dell'assenza di alcun riferimento di tipo definitorio, la ricerca del significato originale di "atipicità" impone anzitutto il raffronto con le previsioni generali in tema di prove dettate dal sistema, le quali, sole, ne qualificano *ad escludendum* i contorni. L'individuazione dei confini spaziali entro cui può legittimamente espandersi questo canone probatorio deve quindi confrontarsi con il rispetto del principio di legalità processuale, sancito all'art. 111 comma 1 della Costituzione e all'art. 6 comma 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che prevede sempre l'osservanza di quella griglia di norme in tema di prova elaborate a garanzia della corretta ricostruzione del fatto ma anche, ed anzi soprattutto, a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. E' questa infatti la chiave di volta per arginare quelle prassi devianti che hanno portato la giurisprudenza ad interpretazioni creative della nozione di atipicità probatoria, contrabbandando come "atipiche" prove assunte *contra legem*, ovvero assunte in violazione delle disposizioni normative dettate dal sistema. Esempio paradigmatico ne sono la ricognizione dell'imputato in udienza, il riconoscimento fotografico effettuato dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa, ovvero ancora la captazione di conversazioni da parte di soggetto attrezzato per il suono. Il ricorso al fenomeno dell'atipicità rimane dunque operazione subordinata alla preliminare verifica della possibile sussunzione della prova *assumenda* in uno dei modelli tipizzati dal legislatore. E' infatti prova non disciplinata dalla legge solo quella realmente innominata. Nel principio di legalità processuale si ritiene inoltre custodita anche la soluzione circa la possibile estensione della disciplina di cui all'art. 189 c.p.p., che ne è

l'espressione, ai mezzi di ricerca della prova. Poiché infatti tale ultima disposizione racchiude in sé una regola probatoria dettata a garanzia del soggetto sottoposto a procedimento penale, si potrebbe ipotizzarne l'operatività anche nella fase anteriore al dibattimento attraverso il rinvio a quanto previsto dall'art. 61 c.p.p., che prevede appunto l'estensione dei diritti e delle garanzie riconosciute all'imputato anche alla persona sottoposta alle indagini preliminari.

Residua a questo punto il rilievo dei limiti intrinseci che avrebbe una indagine sulla prova atipica circoscritta alla sola normativa interna, in ragione dell'apertura delle frontiere degli Stati europei verso l'acquisizione e circolazione della prova penale in uno spazio giudiziario comune. Per tale ragione pare opportuno analizzare la prova atipica vagliandone la struttura anche in rapporto ad alcuni diritti fondamentali dell'individuo previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ci si riferisce in particolare all'art. 3 CEDU, che sancisce il divieto di tortura e di pene o di trattamenti inumani o degradanti; all'art. 6 CEDU, che garantisce all'accusato la presunzione di innocenza, il diritto di difesa e ad un processo equo e soprattutto all'art. 8 CEDU, inerente il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza. La CEDU, infatti, pur rimanendo ancora sullo sfondo, ha già dato avvio a quella spinta evoluzionista sulla base della quale si è contribuito a mitigare la prassi giudiziaria che ha legittimato nel tempo la nascita di pratiche giurisprudenziali devianti. Si pensi, per esempio, al pedinamento satellitare con g.p.s., assimilato alla tradizionale attività di osservazione del sospettato posta in essere dalla polizia giudiziaria e considerato non intrusivo della sfera di riservatezza del controllato, nonostante le diverse pronunzie a livello europeo e internazionale, o, ancora, alla manipolazione in senso regressivo del concetto di domicilio in favore della nuova categoria dei luoghi riservati, a cui è giunta la Suprema Corte di Cassazione nell'analisi della disciplina applicabile alle videoriprese di comportamenti non comunicativi. Contestualmente, lo scardinamento delle barriere interne al sistema, in favore del tentativo di armonizzazione delle

discipline processuali penali degli Stati europei, preannunzia la necessità per l'interprete di un totale mutamento di prospettiva, ovvero l'abbandono della concezione tradizionale di atipicità probatoria in favore dell'adesione ad un canone generale di atipicità, intrinseco all'idea stessa di una procedura penale europea. Se dunque l'atipicità caratterizza ormai le nuove frontiere della prova, l'impostazione esegetica che sino ad oggi ha relegato l'art. 189 c.p.p. ad ipotesi di applicazione residuale esige un ripensamento. La disciplina sulla prova atipica dovrebbe a questo punto pervadere ogni giudizio di ammissibilità degli strumenti probatori al fianco delle ordinarie regole in tema di prova dettate dal sistema.

Capitolo I°

Le prove non disciplinate dalla legge: profili generali.

Sommario: 1. Cenni sull'evoluzione del metodo di accertamento giudiziale: dalla teoria della prova legale al libero convincimento del giudice. - 2. Tassatività e libertà dei mezzi di prova: due principi a confronto. - 2.1. La scelta di compromesso del legislatore del 1988. - 3. Nozione di prova non disciplinata dalla legge. - 4. Estensione del concetto di atipicità ai mezzi di ricerca della prova.

1. Cenni sull'evoluzione del metodo di accertamento giudiziale: dalla teoria della prova legale al libero convincimento del giudice.

L'art. 189 c.p.p., che disciplina la prova atipica, è la sintesi dell'intenso dibattito sviluppatosi durante la gestazione del nuovo codice di procedura penale sulla scelta tra tassatività e libertà dei mezzi di prova, principio quest'ultimo la cui reinterpretezione in chiave assolutistica affermata durante la vigenza del codice Rocco era stata diretta conseguenza del percorso involutivo subito dalla regola del "*libero convincimento del giudice*"¹.

Appare, pertanto, premessa fondamentale alla comprensione della norma in disamina ripercorrere, seppur brevemente, le origini storiche di questo

¹ Sul tema, M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 38; id., *Storie d'una illustre formula: il "libero convincimento negli ultimi trent'anni"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p.71 e ss.; E. Amodio, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p.3 e ss.; E. Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova*, Giuffrè, 1984, p.1 e ss.; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le <<prove atipiche>> tra teoria e prassi*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 30; P.P. Rivello, *La prova scientifica*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, Giuffrè, 2014, p.1 e ss.

metodo di accertamento giudiziale, concepito, nella sua teorizzazione originaria, come: “ rifiuto di ogni limitazione della libertà di valutazione della prova, sottratta a qualsiasi meccanismo di preventivo dosaggio della sua persuasività stabilito a priori dal legislatore”.²

Il concetto di “giudizio libero” ebbe la sua prima codificazione in Francia con l’art. 24, titolo VI, parte II, della legge 16 settembre 1791 insieme all’introduzione della giuria popolare e fu la conseguenza delle aberrazioni che erano derivate da un oramai ossessionato sistema delle “prove legali”; sistema fondato appunto su una valorizzazione rigida e meccanica della prova penale³. In quel periodo storico prendeva forma, dunque, un nuovo metodo di giudizio trapiantato dai paesi anglosassoni, unitamente ad una struttura processuale di stampo accusatorio.

² Così espressamente; E. Amodio, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, cit., p.3, che evidenzia come la finalità fosse quella di: “..affrancare il giudice dalle prove legali del processo medievale, bollate come strumenti di mortificazione della razionalità dell’accertamento giudiziale”.

³ Sull’evoluzione storica del sistema processuale francese ed in particolare sull’introduzione della giuria popolare e della regola di giudizio del libero convincimento, v. ampiamente; A. Padoa Schioppa, *La giuria penale in Francia, dai <<philosophes>> alla costituente*, Edizioni Universitarie di lettere economia diritto, 1994, p.102 e ss. L’idea di una giustizia amministrata da pari o laici, che portò inseguito all’adozione della giuria di *common law*, trovò la sua prima teorizzazione ufficiale in Francia nel 1748 con la pubblicazione de *L’Esprit des lois* di Montesquieu, quale reazione alle regole processuali dell’*ancien régime*, riassunte nell’*Ordonnance* del 1670 emessa sotto Luigi XIV, nella quale erano racchiusi tutti i principi di stampo inquisitorio applicati dal XII secolo sino alla rivoluzione francese ed elaborato un rigido sistema della prova legale. In tema v., E. Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova*, cit., p.1 e ss.; M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p.6 e ss. secondo cui la regola delle prove legali aveva come scopo quello di rendere razionale l’accertamento processuale del fatto e di escludere l’arbitrio del giudice.

Tale sistema veniva basato sulla *preuve morale* o *intime conviction*, secondo cui il giudicante doveva esser libero nella valutazione delle prove e nella decisione.⁴

Questa regola subì però, con il passare degli anni, una totale involuzione, allorchè riprese vigore, agli inizi del 1800, un ideale inquisitorio del processo penale, basato sulla concezione del processo come mezzo di difesa sociale e sull'abbandono del metodo probatorio.⁵ In questo contesto, la regola del libero convincimento, anche in ragione della adozione del verdetto immotivato (artt. 165 e 195 *code d'instruction criminelle* del 1808), venne ad identificarsi con la sfera dell'irrazionale⁶, allontanando in concreto due valori plasmati per coesistere: "*conoscenza legale e convincimento libero*".

⁴ M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p.13, che evidenzia ulteriormente come: << la concezione dialettica del processo fu trapiantata unicamente nei tratti che riguardano le strutture del processo (contraddittorio, assetto accusatorio etc.), non per quanto attiene alla logica interna del giudizio ed alla concezione della prova >>.

⁵ E. Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, cit., p.27. La lenta erosione del modello accusatorio realizzato con le leggi rivoluzionarie sino al 1791 comincia con il *code des delits et des peines* del 1795 e prosegue in maniera sempre più incisiva con le leggi del 1801.

⁶ Questi problemi caratterizzarono però solo i sistemi di *civil law*, mentre nei paesi anglosassoni, grazie alla elaborazione della *law of evidence* si evitò di incorrere nel <<razionalismo meccanicistico>> tipico appunto della prova legale e, parimenti, <<nell'irrazionalismo intuitivo>> che contraddistinse la degenerazione del principio del libero convincimento del giudice; sul punto cfr., M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p.12. Sul tema, E. Amodio, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1967, p.99 e ss.; id., *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p.448. Tale parametro di giudizio venne poi codificato all'art. 342 nel *Code d'instruction criminelle* napoleonico del 1808. Significativo quanto prescritto nel testo delle istruzioni ai giurati contenuto nel *Decret en forme d'instruction pour la procedure criminelle* del 29 settembre 1791: <<...la legge non chiede conto ai giudici del modo in cui si sono convinti; essa non prescrive regole dalle quali far dipendere in modo particolare la pienezza o sufficienza di una prova; essa prescrive ai giudici di interrogarsi nel silenzio e nel raccoglimento e di cercare, nella sincerità delle loro coscienze, quale impressione hanno avuto, sulla loro ragione, le prove a carico e quelle a scarico introdotte dalla difesa. La legge pone ai giudici un solo interrogativo che racchiude la pienezza dei loro

Perdeva infatti valorizzazione l'originaria concezione del libero convincimento inteso come sistema fondato sulla libertà di valutazione delle prove condizionata però al rispetto dei vincoli probatori dettati dal legislatore: *"Proprio il sistema del convincimento libero impone la scrupolosa osservanza di un metodo legale probatorio, il quale diviene appunto un valore, nel momento in cui mira ad impedire la degenerazione della libertà del giudice in dispotismo, assicurando anche in caso di condanna il rispetto di determinati principi".*⁷

La degenerazione in cui era incorso il sistema processuale penale portò all'ammissione nel processo di qualsiasi mezzo di prova ritenuto utile all'accertamento della verità, senza più alcuna considerazione delle regole probatorie di acquisizione della prova. Infatti, proprio l'indebito allargamento dei confini di operatività del principio del libero convincimento: *".... ha rappresentato per due secoli il grande artificio a cui ha fatto ricorso la giurisprudenza per recuperare ed utilizzare nel processo prove acquisite contra legem determinando l'abolizione di fatto di quasi tutte le regole di esclusione della prova"*⁸.

Sotto il baluardo di un principio oramai trasfigurato trovava dunque protezione, in particolare nel vigore del codice Rocco, un metodo probatorio

*doveri: << Avez- vous une intime conviction?>>. L'intime conviction veniva così a coincidere con una attività mentale del giudice di tipo meramente intuitivo, emozionale e psicologico, nonostante la norma, consacrando tale principio, facesse riferimento sia alla <<coscienza>> dei giurati sia alla <<ragione>>. Sul dibattito sorto in dottrina sull'identificazione dell'intime conviction come attività intellettuale meramente irrazionale piuttosto che come operazione valutativa di carattere razionale, cfr. M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p.53 e ss. Tale formula venne adottata anche nel codice italiano del 1865 all'art. 498 c.p.p.*

⁷ M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p.27-28.

⁸ G. De Luca, *Il sistema delle prove penali ed il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1269; E. Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, cit., p. 108. Si era sostanzialmente giunti alla completa sovrapposizione della regola del libero convincimento, inerente il momento valutativo dell'efficacia dimostrativa della prova, con il principio di libertà dei mezzi di prova, inerente invece la fase acquisitiva del materiale probatorio e coincidente con il potere del giudice di scegliere liberamente le fonti del proprio convincimento, benché concetti nettamente distinti; cfr. M. Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, cit., p. 392.

basato sulla più assoluta libertà di ammissione ed utilizzazione da parte dell'organo giudicante di qualsiasi mezzo di prova, anche non previsto dal catalogo legale, sol che ritenuto soggettivamente utile all'accertamento della verità materiale. Si giungeva in sostanza al ripudio di qualsiasi ostacolo formalistico e normativo alla ricerca della verità assoluta ed alla realizzazione della pretesa punitiva dello Stato, da ritenersi preminente rispetto alla protezione dei diritti del singolo individuo.

2. Tassatività e libertà dei mezzi di prova: due principi a confronto.

Con l'abrogato codice del 1930 si era quindi verificata una: " *inquietante degenerazione della regola del libero convincimentotale da far nascere una sorta di anarchia conoscitiva.....* " ⁹, sicchè la necessità di contenere quella prassi degenerativa sviluppatasi in tema di prova amplificò notevolmente, negli anni antecedenti all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, il dibattito dottrinario sulla scelta tra tassatività e libertà dei mezzi di prova e conseguentemente sull'accoglimento nel sistema anche di prove non disciplinate dalla legge. Tali concetti erano espressione di due esigenze giuridiche opposte, sintetizzabili con la necessità o meno di codificare regole processuali specifiche a contenimento dell'uso illimitato di qualsiasi mezzo di prova potenzialmente idoneo all'accertamento dei fatti.

Sebbene dunque nel codice del 1930 non vi fosse stata una adesione formale al principio di libertà dei mezzi di prova¹⁰, tale regola era talmente diffusa nella prassi da consentire l'utilizzabilità senza vincoli di tutti gli elementi ritenuti utili all'accertamento della verità materiale, con la conseguenza di introdurre nel processo anche prove acquisite in violazione dei divieti probatori, attraverso lo schermo della qualificazione di atipicità. ¹¹

⁹ Così espressamente E. Amodio, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, cit., p.311. In tema si veda anche F. Cordero, *Tre studi sulle prove*, Milano, 1963, p.64.

¹⁰ Nel codice Rocco, così come nel codice del 1913, non vi era una previsione specifica in materia di libertà dei mezzi di prova poichè l'art. 299 c.p.p. abr. si limitava a stabilire che: " *Il giudice istruttore ha l'obbligo di compiere prontamente tutti e soltanto quegli atti che in base agli elementi raccolti e allo svolgimento dell'istruzione appaiano necessari per l'accertamento della verità*". Diversamente nel codice del Regno d'Italia del 1865 il principio di libertà dei mezzi di prova aveva trovato espressa codificazione all'art. 339 c.p.p.: " *i reati si proveranno sia con verbali o rapporti, sia con testimoni, o con ogni altro mezzo non vietato dalla legge*". Tale principio era derivazione del medesimo principio codificato nel codice sardo del 1859, a sua volta ripreso dal codice napoleonico; cfr. E. Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, cit., VI e p.52 e ss.

¹¹ In tema, v. Cass., sez. I, 25.11.1970, n.1546, in *Mass. Cass. pen.*, 1971, p.1613; Cass., sez. I, 19.4.1971, n.374, in *Mass. Cass. pen.*, 1971, p. 1385 e ss. Nell'onda di tale degenerazione, la

Si erano quindi formati sul tema due contrapposti orientamenti.

Nell'ambito di quello favorevole alla apertura del catalogo legale, secondo cui dovevano appunto ritenersi ammissibili anche prove atipiche purchè non violative di divieti probatori, convivevano però due diverse correnti: quella più legata ad una visione autoritaria del processo penale affermava che i vincoli probatori in materia penale dovevano considerarsi mere eccezioni ed essere pertanto rigidamente contenuti in quanto potenzialmente pregiudizievoli per l'accertamento della verità: *" nel nostro processo, solidamente fondato sul principio della verità materiale vige l'obbligo della ricerca della verità stessa, onde le limitazioni legali hanno solo significato di eccezione.."*¹² ed ancora: *" ciò che si intende di stabilire, con proclamare la libertà dei mezzi di prova, questo è, che il giudice e gli organi di prova possano ricercare la verità con tutti i più moderni mezzi che la scienza man mano progredendo suggerisca. In altre parole, le operazioni nelle quali il mezzo di prova si concreta non hanno limiti né modi assolutamente prefissati nella legge"*.¹³

Accanto a tale visione se ne sviluppò un'altra, parimenti favorevole all'apertura del catalogo legale ma più garantista, secondo cui il principio di atipicità probatoria doveva essere raccordato alla fissazione da parte del legislatore di vincoli probatori ben definiti che tracciassero il confine del materiale utilizzabile per la decisione: *"..è prova ogni segno utile al lavoro storico giudiziario, in quanto non ne sia esplicitamente vietata l'acquisizione né ripugni a canoni enucleabili dall'intero contesto normativo: che il codice non esaurisca l'universo*

giurisprudenza formatasi sotto la vigenza del codice Rocco giunse ad affermare che tastare un oggetto sotto la giacca di una persona non fosse assimilabile ad una perquisizione; Cass., 27 maggio 1975, in *Riv. Foro It.*, 1975, p.6; Cass., 20 giugno 1978, in *Cass. pen.*, 1978. In tema, A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, Cedam, 2002, p.4 e ss.

¹² Così espressamente; E. Florian, *Delle prove penali*, III ed., Milano, 1961, p.8; V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. III, Torino, 1956, p.181.

¹³ E. Florian, *Delle prove penali*, cit., p.131;

*dei possibili segni, escludendo quanto non nomina, dipende da assennata autodisciplina....”*¹⁴

Diversamente, la preoccupazione di alcuni autori che l'ammissione di prove extra catalogo legale, soprattutto se autorizzata senza alcun vincolo probatorio, potesse portare alla compressione dei diritti dell'imputato e sottrarre la decisione del giudice a legittimo controllo portò altra dottrina a sostenere il contrario principio di tassatività dei mezzi di prova. Tale scelta era giustificata sia dall'assenza nel codice Rocco di norme specifiche effettivamente autorizzative dell'adozione dell'opposto principio di libertà dei mezzi di prova, sia dagli artt. 24 e 25 della Costituzione, i quali, tutelando il diritto di difesa e di legalità processuale, venivano ad assegnare valenza costituzionale alla funzione di garanzia di tutte le previsioni codicistiche sulla prova penale.¹⁵

Considerazioni quelle suesposte sintetizzate da un illustre autore :” *Quando il codice nella sua ben architettata struttura prevede un quadro di mezzi di prova, è intorno ad esso che deve roteare la vicenda giudiziaria; essendo evidente, tra l'altro, che la mancata previsione di un mezzo di prova sta a significare che le prospettive di politica criminale che hanno presieduto alla formazione della legge lo hanno escluso; e che anche in caso di sopravvenuto delinearsi di un nuovo strumento di acquisizione della prova non è l'interprete, bensì il legislatore a dover aggiornare il sistema”.*¹⁶

Non è un caso che nel progetto di riforma del codice di procedura penale del 1978, attuato sulla base della legge delega del 3.4.1974 n.108, all'art. 179 c.p.p.

¹⁴ F. Cordero, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, p.338, concetti già espressi dall'autore anche in un suo precedente lavoro, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p.64; M. Cappelletti, *La natura delle norme sulle prove*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p.95.

¹⁵ E. Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, cit., p.99 e ss.; G. Conso, *La natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p.20.

¹⁶ G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961, p.178.

fosse sancito espressamente il principio di tassatività dei mezzi di prova che avrebbe imposto al giudice di ammettere solo le prove previste dalla legge.¹⁷

2.1 La scelta di compromesso del legislatore del 1988.

Il legislatore del 1988 si è posto invece in una linea intermedia rispetto ai due orientamenti di cui si è dato conto.

Dopo il tentativo di riforma del 1978, infatti, con il successivo progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale, di cui alla legge delega n.81 del 16.2.1987, si decideva di non confinare i mezzi di prova entro un catalogo già tipizzato, bilanciando però tale scelta con la contestuale tutela delle garanzie difensive dell'imputato.¹⁸ Con la codificazione dell'art. 189 c.p.p.,

¹⁷ L'art. 179 c.p.p. disponeva infatti: *" Il giudice non può ammettere prove diverse da quelle previste dalla legge"*. La Commissione consultiva precisava nel parere reso sul tema come: *" ..il principio di tassatività delle prove esprime una inammissibile diffidenza verso gli organi giudicanti ed opera una ingiustificata restrizione dei loro poteri di investigazione, privandoli di strumenti che in concreto potrebbero rivelarsi efficaci anche se non previsti dalla legge. In questa posizione riemerge però la figura del giudice come dominus assoluto della prova, che la maggioranza della Commissione ha ritenuto dissonante rispetto al sistema delineato dalla legge delega dove, accanto alla ricerca della verità, emergono altri valori sconosciuti alla codificazione del 1930, come il diritto di difesa e la soggezione del giudice alla legge, sanciti dalla nostra Costituzione, principi dai quali si può ricavare la regola della imparzialità. In questo nuovo quadro garantistico non è concepibile che al giudice sia consentito di avvalersi di mezzi di prova atipici o innominati: in ordine ad essi la difesa non potrebbe esprimersi con tutta la incisività e la pienezza richieste dalle norme costituzionali"*; cfr., G. Conso - V. Grevi - G.P. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989, p.511; E. Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova*, cit., p.89.

¹⁸ Nella sua prima stesura, l'art. 189 c.p.p. disponeva: *" Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento della verità e non pregiudica la libertà morale della persona. Con il provvedimento di ammissione il giudice fissa le modalità di assunzione della prova"*. Successivamente, nel testo definitivo del c.p.p., emanato con D.P.R. n.447 del 22.9.1988, l'espressione *"accertamento della verità"* veniva sostituita con quella presente di *" accertamento dei fatti"* e nell'ultimo comma dell'art. 189 c.p.p. veniva aggiunta la locuzione *" sentite le parti"* con riferimento alle modalità di assunzione della

infatti, veniva introdotta la possibilità di acquisire prove non disciplinate dalla legge.¹⁹

prova atipica, ciò in ossequio al principio del contraddittorio nella formazione della prova che veniva a caratterizzare il nuovo codice di procedura penale. E' dibattuto peraltro in dottrina se l'articolo 189 c.p.p. attesti l'apertura del Legislatore al principio di libertà dei mezzi di prova, ovvero, al contrario, quale norma di chiusura, presentandosi come una eccezione alla regola dell'espressa codificazione dei mezzi di prova, sia invece la conferma dell'adesione implicita da parte del Legislatore del 1988 all'opposto principio di tassatività dei mezzi di prova. Sostiene che proprio in ragione dell'introduzione dell'art. 189 c.p.p. sia stato abbandonato il principio di tassatività dei mezzi di prova, P. Tonini, *La prova penale*, Milano, 2000, p.92. *Contra*, A. Ciavola, *Prova testimoniale e acquisizione per suo tramite del contenuto delle intercettazioni telefoniche*, in *Cass. pen.*, 2000, p.488, secondo cui proprio l'art. 189 c.p.p. dovrebbe considerarsi norma posta a chiusura della disciplina dei mezzi di prova. Sul tema v. anche O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, 2005, p.86, che sottolinea come l'art. 189 c.p.p. non rappresenterebbe né una norma di chiusura del sistema delle prove penali, né una norma di apertura, poiché non ne risulta predefinito lo spazio di applicazione né a livello ipotetico né quantitativo. A chi scrive pare però più coerente con il sistema l'identificazione dell'art. 189 c.p.p. quale norma di "apertura vincolata" del catalogo legale, anche in ragione della funzione sussidiaria rivestita che ne subordina l'operatività solamente qualora il mezzo di prova da assumersi non sia riconducibile ad una figura già tipizzata. Nello stesso senso, M. Nobili, *sub. art. 189 c.p.p.*, in M. Chiavario, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Vol. II, Torino, 1990, p.399 e ss. Sulla ritenuta non necessità della codificazione di una previsione espressa come quella dell'art. 189 c.p.p. v., F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, p.619.

¹⁹ Sul tema della prova atipica, *ex multis*, A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., p.6 e ss.; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale, Le <<prove atipiche>> tra teoria e prassi*, cit., p.13 ; G. Conso – V. Grevi , *Compendio di procedura penale*, Padova, 2010, p.306; G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, Giuffrè, 1999, p. 46 e ss.; M. Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p.395; M. Nobili, *sub. art. 189 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p.398; E. Amodio, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, cit., p.3. C. Pansini, *E' valida la prova atipica senza la preventiva audizione delle parti?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p.1257; V. Bozio, *La prova atipica*, in P. Ferrua - E. Marzaduri – G. Spangher (a cura di), *La prova penale*, Giappichelli, 2013, p.57 e ss.; P. Tonini - C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, 2^a ed., 2014, p. 185 e ss., M. Conte – M. Gemelli – F. Licata, *Le prove penali*, Giuffrè, 2011, p.35 e ss.; C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, 2007, p.108.

Si apriva così la strada alla possibilità che il progresso scientifico partorisce mezzi di prova allora sconosciuti, blindando però questa possibilità entro rigidi canoni legali.

Tale scelta è ben sintetizzata in un passaggio della relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1988:” *L’art. 189 regola l’assunzione delle prove non previste espressamente dalla legge, così lasciando intendere che il sistema non recepisce il principio di tassatività senza peraltro ignorarne la portata garantistica. Il Progetto del 1978 aveva invece escluso l’utilizzabilità di prove atipiche od innominate nell’intento di rafforzare le garanzie difensive dell’imputato in relazione a mezzi di accertamento dei fatti di reato la cui acquisizione potrebbe condurre ad errori o abusi (ad es. tavole d’ascolto idonee ad intercettare conversazioni tra presenti). Riesaminatosi il problema in tutti i suoi profili di politica e tecnica processuale, si è scelta una strada intermedia che consente al giudice di assumere prove non disciplinate dalla legge ma lo obbliga a vagliare, a priori, che queste siano, al tempo stesso, affidabili sul piano della genuinità dell’accertamento e non lesive della libertà morale della persona. Verificata l’ammissibilità del mezzo di prova atipico, il giudice dovrà poi regolarne in concreto le modalità di assunzione così da rendere conoscibile in anticipo alle parti l’iter probatorio. E’ sembrato che una norma così articolata possa evitare eccessive restrizioni ai fini dell’accertamento della verità, tenuto conto del continuo sviluppo tecnologico che estende le frontiere dell’investigazione, senza mettere in pericolo le garanzie difensive”.*²⁰

L’art. 189 c.p.p. dunque ha introdotto nel vigente codice di procedura penale la possibilità di acquisire ed utilizzare ai fini della decisione una prova extra catalogo legale. Laddove però si sia in presenza di una prova diversa da alcuna di quelle previste dagli artt. 194-271 c.p.p. al giudice sarà imposto il compito di valutare a priori che sia idonea all’accertamento dei fatti e che non

²⁰ Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1988, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988 n.250, suppl. ord. n.2, p.60. In tema v. anche G. Conso - V. Grevi - G.P. Neppi Modona, Vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., p.553; M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezione agli studenti*, Bologna, 1989, p.100.

pregiudichi la libertà morale della persona sottoposta a processo, indagine all'esito della quale gli spetterà l'ulteriore compito di definire concretamente le modalità di assunzione della prova medesima, previa audizione delle parti. L'art. 189 c.p.p. può dunque definirsi la sintesi di un compromesso tra due forze opposte: da un lato l'esigenza di evitare che lo sforzo di ricostruzione del fatto in giudizio possa essere pregiudicato da eccessive restrizioni e, dall'altro, l'esigenza di evitare una ricaduta in quella prassi deviante invalsa durante la vigenza del codice del 1930, in forza della quale, in nome della preminenza della pretesa punitiva dello Stato sui diritti dell'individuo, si era consentito al giudicante di acquisire qualunque elemento ritenuto utile all'accertamento della verità materiale senza limitazione alcuna.

3. Nozione di prova non disciplinata dalla legge.

L'art. 189 c.p.p. dispone che: “ Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova.”

Come è evidente la norma *de quo* non contiene alcuna definizione di “prova atipica”, né tale nozione può trarsi dalla relazione al progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale.²¹

Il dibattito sul tema è stato infervorato. Non poteva infatti ritenersi appagante, ai fini dell'identificazione del carattere di atipicità di una prova, un approccio di tipo meramente lessicale, che avrebbe condotto alla definizione della “prova atipica” in termini semplicistici di “prova diversa dai modelli legali disciplinati dalla legge”.²²

²¹ Del resto il vigente codice di procedura penale non fornisce alcuna definizione neanche del concetto di prova in generale. Secondo Autorevole dottrina è prova: “quell'insieme di elementi aventi la funzione di consentire l'accertamento della verità o meno di uno degli enunciati fattuali integranti il *thema probandum*”, così G. Ubertis, *Prova* (in generale), in *Dig. disc. pen.*, X, Utet, 1995, p.300. Sul concetto di prova v. anche, M. Conte – M. Gemelli – F. Licata, *Le prove penali*, cit., p. 15 e ss. Volendo sintetizzare la tripartizione in cui viene ordinariamente scomposto il termine “prova” si può distinguere in: “elemento di prova” da intendersi il dato che, introdotto nel procedimento, può essere utilizzato dal giudice per la decisione; “fonte di prova” intesa come il soggetto (testimone) o l'oggetto (documento) da cui può trarsi un elemento di prova e “ mezzo di prova” ovvero l'attività attraverso la quale viene introdotto l'elemento di prova nel procedimento.

²² Sul tema, *ex multis*, G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le <<prove atipiche>> tra teoria e prassi*, cit., p.35; A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., p.6 e ss; G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 41. V. Bozio, *La prova atipica*, cit., p.57 e ss; M. Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p.389 e ss.; C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.108 e ss. Per “legge” devono intendersi le disposizioni dettate dal codice di procedura penale e dalla normativa processuale contenuta nelle leggi speciali.

Un esame più approfondito del contesto normativo in cui è inserita la suddetta locuzione ne rivela l'essenza polivalente: *per un verso la parola è infatti sinonimo di prova innominata, cioè di una prova non prevista dalla legge. Per altro verso, però, essa può prestarsi ad indicare anche deviazioni da uno schema probatorio già esistente, quando non è riferita al mezzo di prova ma al meccanismo di assunzione*".²³ L'ambiguità della formula usata dal legislatore nel codificare l'art. 189 c.p.p. sembra infatti prestarsi ad assumere diversi significati.

In *primis* si può classificare come atipico il mezzo di prova che non rientra nel catalogo legale o che, comunque, consente di ottenere un risultato diverso da quelli raggiungibili attraverso una prova tipica. La prova atipica identificherebbe in questo caso la fonte del convincimento del giudice, ovvero il mezzo di conoscenza di un fatto che risulti diverso da quelli disciplinati dalla legge²⁴. La comunità scientifica definisce tale tipologia di prova come "innominata"²⁵

²³ G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 41.

²⁴ G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 46 e ss. Nei medesimi termini M. Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p.395; C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.109, che osserva come nel previgente codice di procedura penale l'esempio più diffuso fosse quello della ricognizione da eseguirsi con sensi diversi dalla vista, come nel caso di un riconoscimento tattile, di una voce o di un odore. Nel codice Rocco mancava infatti una previsione specifica come quella attualmente inserita all'art. 216 c.p.p.

²⁵ R. Orlandi, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, 1992, p.24; P. Tonini, *La prova penale*, Milano, 2000, p.93; A. Procaccino, *Prove atipiche*, in *La prova penale*, a cura di A. Gaito, vol. I, Torino, 2009, p.268; O. Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p.94; id., *La prova atipica*, in AA. VV., *Procedura penale*, Giappichelli, 2010, p.239. Concretamente, però, una ipotesi di prova "innominata" appare difficilmente immaginabile in ragione dell'elasticità dei mezzi di prova tipizzati dal legislatore del 1988, si pensi alla perizia in particolare, che appaiono idonei a raggiungere tutti i possibili risultati probatori. T. Rafaraci, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.*, 1998, p.1741. Alle medesime conclusioni la dottrina era giunta già nel vigore del precedente codice di procedura penale; cfr. A. Malinverni, *Principi del processo penale*, Torino, 1972, p.496; B. Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p.687.

Diverso genere di atipicità riveste invece il caso della cd. “prova irrituale”: identificabile in un mezzo di prova assunto in deroga al procedimento acquisitivo dettato dal legislatore ²⁶ .

Infine si verserebbe in tema di prova “anomala” nel caso in cui una prova tipica venga formata deviando in tutto o in parte dalle regole previste dal modello normativo di riferimento²⁷: “ *La atipicità in questo caso consiste*

²⁶ Parla in questo caso di atipicità acquisitiva C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 109. Si veda sul tema, anche P. Tonini – C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p.189, ove si fa l'esempio di una ricognizione effettuata mediante un cane addestrato anzichè un soggetto. P. Tonini inoltre fa l'ulteriore esempio dell'esame del teste a distanza, precisando che, posto che la testimonianza prevede la presenza del teste in aula, si verterebbe in tema di modalità atipica di svolgimento della prova, con necessità che, laddove non ricorra una ipotesi di cui all'art. 147-bis disp. att. c.p.p., si applichi l'art. 189 c.p.p. (P. Tonini, *La prova penale*, Milano, 2000, cit., p.94). Ancora sul punto, cfr., I. Palma, *Considerazioni sul principio di tassatività dei mezzi di prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p.404; P.P. Rivello, *La prova scientifica*, cit., p.123. Altra dottrina definisce la prova irrituale come quella che, pur non rientrando nel quadro legale, mira ad ottenere risultati probatori tipici, cfr. M. Nobili, *Il nuovo “diritto delle prove” ed un rinnovato concetto di prova*, in *Leg. Pen.*, 1989, p. 395. In merito si veda anche O. Dominiononi, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p.90 che sottolinea come il criterio dell'atipicità dovrebbe avere ad oggetto non solo l'area del *praeter legem*, concernente ciò che non è disciplinato dal catalogo legale, ma anche la formazione di un mezzo di prova tipico in modo difforme dal modello legale, allorchè le regole dettate in merito non portino ad una invalidità: “ *Non è corretto interpretare la formula << prova non disciplinata dalla legge>> come se, nel relazionarsi in chiave negativa ai contenuti del catalogo, individuasse per la prova atipica solo l'area residuale non coperta dalla disciplina legislativa, cioè per l'appunto quella praeter legem; non vi è alcuna ragione, né letterale né logico-sistematica, per escludere che il rinvio alla disciplina del catalogo valga anche per il come una prova in esso prevista sia regolata, così da consentirne la formazione in modo difforme dal modello legale quando le regole dettate in proposito non ne facciano conseguire una invalidità*”.

²⁷ Per esempio il riconoscimento in udienza dell'imputato da parte del testimone, riconoscimento che avviene senza appunto osservare le modalità della ricognizione. La giurisprudenza è peraltro unanime nel ricondurre tale ipotesi al caso di un atto di identificazione diretta che non richiede le formalità della ricognizione ex art. 213 c.p.p. perchè parte integrante della dichiarazione testimoniale e come tale del tutto ammissibile. *Ex multis*; Cass., sez.I, 2 febbraio 2005, in *Cass. pen.*, 2006, p.2527; Cass., sez. II, 23 settembre 2003, in

*nell'usare un mezzo di prova tipico, che persegue un determinato risultato, per ottenere invece il risultato di un diverso mezzo di prova esso pure tipico".*²⁸

In tali ultimi due casi deve escludersi che si verta in tema di atipicità nel senso inteso dall'art. 189 c.p.p. Si tratterebbe infatti di una prova assunta *contra legem* e dunque inutilizzabile ex art. 191 c.p.p.²⁹

Tale esegesi si raccorda con la necessità, sentita fortemente dalla dottrina durante l'elaborazione del vigente codice di procedura penale, di evitare che l'attribuzione del carattere di atipicità ad una prova fosse in realtà utilizzata come grimaldello per forzare i divieti probatori e recuperare in veste di prove atipiche, quelle acquisite illegittimamente: << "Prova non disciplinata" è la prova ontologicamente nuova o, al più, la prova che pur perseguendo un risultato probatorio corrispondente a quello di un modello tipico si formi con modalità diverse da quelle previste dalla legge e non corrispondenti a quelle di un altro mezzo tipico. In altre parole è la prova che si forma secondo un iter di assunzione che si pone non in violazione ma al di fuori del campo di applicazione delle norme che disciplinano la materia. Al contrario, non è possibile conseguire un risultato probatorio tipico, con le forme previste per un altro mezzo nominato: cioè, non è possibile servirsi della

Cass. pen. 2005, p.1661; Cass., sez.V, 17 febbraio 1998, in *Guid. dir.*, 1998, p.21; Cass., sez. IV, 18 luglio 1996, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p.835; Cass., sez. II, 26 luglio 1996, in *Arch. n. proc. pen.*, p.304. Sul tema, in senso critico, E. Amodio, *L'assunzione delle prove in dibattimento*, in *Quaderni C.S.M.*, 1991, 49, p.25.

²⁸ V. Bozio, *La prova atipica*, cit., p.62. L'atipicità in questo caso non investirebbe tanto il mezzo di prova o le modalità assuntive, ma lo scopo perseguito, corrispondente appunto a quello perseguito da un mezzo probatorio tipizzato, dal quale non è consentito deviare, trattasi di una "atipicità funzionale". In questi termini, cfr., C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.110.

²⁹ C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, 2007, p.288; S. Cavini, *Il riconoscimento informale di persone o di cose come mezzo di prova atipico*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p.387; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le << prove atipiche >> tra teoria e prassi*, cit., p.40; A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., p.8 e ss. Sulla sanzione di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p., v. ampiamente, N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p.7 e ss.

disciplina di una prova allorchè ricorrano gli estremi identificativi di un'altra fattispecie probatoria. >> ³⁰

E' del resto la stessa funzione dell'art. 189 c.p.p. a portare all'esclusione della prova anomala e di quella irrituale nella categoria delle prove atipiche, poiché, per come codificata, l'operatività di tale norma nel sistema riveste carattere meramente residuale, essendo subordinata alla preliminare valutazione del giudicante di non inclusione del mezzo di prova assumendo tra le figure già tipizzate.³¹ L'atipicità, dunque, deve riferirsi solo ai nuovi mezzi di prova non previsti nel catalogo legale e non anche a quelle prove assunte attraverso un procedimento acquisitivo derogatorio delle regole previste dal legislatore.

Il canone di legalità processuale sancito dall'art. 111 della Costituzione rimane infatti il criterio interpretativo di riferimento anche nell'ambito delle prove penali, per le quali trovano applicazione gli artt. 191 e 526 c.p.p. che, non a caso, vincolano il giudice ad utilizzare per la decisione le sole prove (tutte, siano esse atipiche o tipiche) legittimamente acquisite, così presupponendo il generale rispetto dei vincoli probatori dettati dal sistema. ³²

Pare opportuno anticipare come il tema della prova atipica sia direttamente connesso con quello della prova incostituzionale.

La dottrina maggioritaria è infatti attestata, come meglio si dirà *infra*, a ritenere inammissibile l'assunzione di una prova non disciplinata dalla legge che incida sui diritti fondamentali dell'individuo, anche laddove non risulti previsto alcun divieto esplicito in tal senso: “ *Quando non prevede una disciplina*

³⁰ A. Ciavola, *Prova testimoniale e acquisizione per il suo tramite del contenuto delle intercettazioni telefoniche*, cit., p.488.

³¹ M. Nobili, *Sub. art. 189 c.p.p.*, in M. Chiavario, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p.399.

³² Per legalità processuale si intende l'assenza di un espresso divieto in merito alla prova richiesta o alle modalità di acquisizione della stessa. Sul principio di legalità processuale, P. Ferrua, *Il giusto processo*, Bologna, 2005, p.40 e ss.; E. Amodio, *L'assunzione delle prove in dibattimento*, cit., p. 25; N. Galantini, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, cit., p.1989; F. Zacchè, *Prova atipica*, in *Digesto del processo penale on line*, diretto da A. Scalfati, Giappichelli, Torino, 2012.

espressa, e proprio perché non la prevede, il codice vieta le acquisizioni che ledono diritti fondamentali. Una differente interpretazione risulta impraticabile, giacchè si scontrerebbe con la Carta fondamentale".³³

³³ P. Tonini - C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p.190; V. Bozio, *La prova atipica*, cit., p.81 e ss.; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le <<prove atipiche>> tra teoria e prassi*, cit., p.60.

4. Estensione del concetto di atipicità ai mezzi di ricerca della prova.

Il legislatore del 1988 ha collocato nel libro III, titolo I, la disciplina generale in tema di prove, distinguendo - per la prima volta - tra mezzi di prova (trattati nel titolo II) e mezzi di ricerca della prova (trattati nel titolo III).³⁴

Nella Relazione al progetto preliminare del codice di procedura tale scelta è stata giustificata sottolineando l'interdipendenza di queste due categorie ma anche la loro intrinseca diversità: l'immediata utilizzabilità, ai fini della decisione, dell'elemento di prova formatosi attraverso l'assunzione dei mezzi di prova, da un lato, e la funzione servente dei mezzi di ricerca della prova, finalizzati alla acquisizione al processo di cose materiali, tracce del reato o dichiarazioni, dotate di una attitudine probatoria definibile *minus quam perfecta*.³⁵

Proprio la connaturale diversità esistente tra mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova ha spinto la dottrina ad analizzare la possibilità di estendere la disciplina prevista dall'art. 189 c.p.p. anche alla categoria dei mezzi di ricerca della prova e, prioritariamente, ad interrogarsi sulla ammissibilità di mezzi atipici di ricerca della prova. Deve darsi conto sul tema di due orientamenti opposti.

Alcuni autori³⁶ negano che possa estendersi la disciplina dell'art. 189 c.p.p. ai mezzi di ricerca della prova in ragione del momento procedimentale entro

³⁴ Il legislatore ha codificato sette mezzi di prova tipici, ovvero regolamentati dalla legge nelle loro modalità di assunzione, che sono: testimonianza, esame delle parti, confronto, ricognizione, esperimento giudiziale, perizia, prova documentale; mentre i mezzi di ricerca della prova tipici sono: ispezione, perquisizione, sequestro, intercettazione.

³⁵ Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988 n.250, suppl. ord. n.2, cit., p.59. In tema, G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le <<prove atipiche>> tra teoria e prassi*, cit., p.42; A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., p.28.

³⁶ G. Riccio, *Presentazione*, in A. Furguele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p.XII; A. Laronga, *L'utilizzabilità probatoria del controllo a distanza eseguito con sistema satellitare g.p.s.*, in

cui questi si sviluppano, ovvero la fase delle indagini preliminari. Sarebbe infatti impossibile raccordare questa categoria di “prove precostituite”, con la necessità di sentire anticipatamente le parti sulle modalità di assunzione, come previsto appunto dalla norma in disamina. Inoltre, si osserva, l’attività investigativa svolta dalla polizia giudiziaria sarebbe *ex se* connotata da fisiologica atipicità come risulta evidente dagli artt. 55 e 348 c.p.p. che consentono, appunto, lo svolgimento di qualsiasi attività ritenuta utile per la ricostruzione del fatto e l’individuazione del colpevole.³⁷

Di diverso avviso la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria³⁸ che, sostanzialmente, ritengono applicabile l’art. 189 c.p.p. anche ai mezzi di ricerca della prova in ragione della collocazione di tale norma nel titolo I del Libro III del codice di procedura penale, dedicato alle disposizioni generali sulla prova, circostanza che la rende norma di carattere generale estensibile pure alla fase delle indagini preliminari. La problematica inerente il richiesto contraddittorio anticipato sull’acquisizione della prova verrebbe risolta con un adeguamento

Cass. pen., 2002, p.3058. V. Bozio, *La prova atipica*, cit., p.75. Anche N. Galantini, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p.213 esprime dubbi sulla praticabilità di tale ipotesi.

³⁷ Sul punto F. Zacchè, *La prova atipica*, in *Digesto del processo penale on-line*, cit., che precisa come, in tale evenienza, non ricorrerebbe il presupposto applicativo dell’art. 189 c.p.p., poiché l’impiego di strumenti conoscitivi atipici (come pedinamento e videoriprese) sarebbe consentito solo nella misura in cui non siano vietati ex artt. 190 e 191 c.p.p.

³⁸ V. Grevi, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, cit., p.296; V. Bonsignore, *L’acquisizione di copie in luogo del sequestro: un atto atipico delle garanzie difensive*, in *Cass. pen.*, 1998, p.1504 e ss.; M. Nobili, *sub. art. 189 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p.398; G. Borrelli, *Riprese filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2001, p.2446; P. Tonini – C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p.187. Anche la giurisprudenza appare orientata nei medesimi termini. Si veda sul punto, Corte cost., 4 dicembre 2009, n.320, in *Giur. cost.*, 2009, p.4822; Cass., sez. VI, 10 novembre 2011, in *C.E.D. Cass.*, n.251563; Cass., sez. un. 28 marzo 2006, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p.1347 che hanno ritenuto ammissibili come prove atipiche le video riprese di comportamenti non comunicativi effettuate dalla polizia giudiziaria nei luoghi cd. riservati. Ed ancora, sull’attività di osservazione e pedinamento della P.G., Cass., sez. VI, 3 giugno 1998, in *Cass. pen.*, 2000, p.689; Cass., sez. II, 30 ottobre 2008, in *Guid. dir.*, 2009, n.5, p.90.

della disciplina: si tratterebbe di svolgere un contraddittorio posticipato sulla utilizzabilità degli elementi acquisiti³⁹ .

L'estensione dell'art. 189 c.p.p. anche agli strumenti investigativi atipici potrebbe invero essere ancorata al fatto che trattasi di una regola generale in tema di prova che, quale corollario del principio di legalità processuale, dovrebbe valere anche nella fase delle indagini preliminari in ragione dell'estensione ex art. 61 c.p.p. all'indagato delle garanzie previste per l'imputato.

³⁹ Sostengono tale tesi; tra i tanti, A. Camon, *Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle prove incostituzionali*, in *Cass. pen.*, 1999, p.1192 che precisa come: "... la norma opera in due modi diversi: rispetto alle prove da formare in dibattimento il giudice dovrà sentire le parti affinché queste propongano le modalità acquisitive ritenute preferibili.....Invece rispetto alle conoscenze atipiche raccolte nella fase delle indagini preliminari ..il dibattito sulle modalità di formazione della prova assumerebbe il senso di una valutazione ed eventualmente di una critica del procedimento seguito dagli investiganti: ove il giudice, sulla base delle argomentazioni delle parti, si convincesse che l'iter di assunzione non garantisce un risultato probatorio attendibile sotto il profilo gnoseologico, rifiuterebbe l'ammissione della prova ritenendola non idonea all'accertamento dei fatti...". In tema v. anche, F. Caprioli, *Riprese visive nel domicilio e intercettazioni per "immagini"*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2189; L. Filippi, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p.92; C. Marinelli, *Le "intercettazioni di immagini" tra questioni interpretative e limiti costituzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p.1270; S. Lonati, *Il contraddittorio nella formazione della prova orale e i principi della CEDU: una proposta de iure condendo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 luglio 2012.

Capitolo II°

Ammissibilità e assunzione delle prove atipiche nel processo penale.

Sommario: 1. Le condizioni di ammissibilità delle prove non disciplinate dalla legge dettate dall'art. 189 c.p.p.: premessa. – 1.1. L'idoneità all'accertamento dei fatti. – 1.2. La tutela della libertà morale della persona. – 2. Il procedimento di acquisizione della prova atipica: il contraddittorio anticipato nell'assunzione della prova ex art. 189 c.p.p. – 3. Il ruolo del giudice e il contributo delle parti. – 3.1 Brevi cenni sul valore accertativo delle prove non disciplinate dalla legge. 4. La prova scientifica al confine tra tipicità e atipicità probatoria: l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 189 c.p.p. – 4.1. Il concetto di idoneità probatoria dello strumento scientifico –tecnico. – 4.2. Tutela della libertà personale dell'indagato e accertamenti corporali coattivi.

1. Le condizioni di ammissibilità delle prove non disciplinate dalla legge dettate dall'art. 189 c.p.p.: premessa.

Dall'esame della disciplina sulla prova atipica emerge anzitutto come l'art. 189 c.p.p. si trovi inserito nel titolo I del Libro III dedicato alle disposizioni generali in tema di prove in ragione della stretta dipendenza da queste, la cui proposizione negativa ne qualifica infatti i contorni. La citata disposizione si presenta del tutto omissiva sotto il profilo nozionistico, prevedendo solo che il giudice possa ammettere una prova extra catalogo legale quando lo strumento conoscitivo sia idoneo << ad assicurare l'accertamento dei fatti>> nel rispetto della <<libertà morale della persona>>.

Tali condizioni si pongono in linea di continuità con i limiti di ammissibilità dettati per le prove tipiche dall'art. 190 c.p.p.⁴⁰, sicchè la corretta definizione

⁴⁰ L'art. 190 comma 1 c.p.p. dispone infatti espressamente: " Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che

dell'ambito di applicazione dell'art. 189 c.p.p. richiede necessariamente il confronto congiunto con le condizioni di "legalità"⁴¹, "pertinenza"⁴² e "rilevanza"⁴³ previste dalla predetta norma. Solo dunque a seguito del preliminare vaglio del mezzo istruttorio atipico sotto il profilo della ricorrenza dei citati requisiti il giudicante potrà ulteriormente verificare la sussistenza degli altri due criteri espressamente richiesti ex art. 189 c.p.p. per l'ammissione di questo speciale mezzo di prova: l'idoneità all'accertamento dei fatti e la non lesività della libertà morale della persona.

manifestamente sono superflue o irrilevanti". Sul tema si veda, ex multis, G. Ubertis, Prova (in generale), in Dig. Disc. Pen., vol. X, Torino, 1995, p.296; C. Conti – P. Tonini, Il diritto delle prove penali, cit., p.72 e ss.; P. Ferrua, in P. Ferrua – E. Marzaduri – G. Spangher (a cura di), La prova penale, cit., p.33 e ss.

⁴¹ Per "legalità processuale" deve intendersi l'assenza di un espresso divieto in merito alla prova richiesta o alle modalità di acquisizione della stessa, V. Grevi, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, cit., p. 303, che precisa come appaia arduo pensare ad una prova atipica, per sua natura non disciplinata dalla legge, per la quale esista, in quanto codificato, un qualche divieto legislativo espresso. Sul tema v. anche O. Mazza, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 dicembre 2012.

⁴² Sul punto; G. Ubertis, *Prova*, cit., p.300. Secondo parte della dottrina il requisito di non manifesta superfluità della prova coinciderebbe con la necessità che del mezzo di prova non sia richiesta l'ammissione al fine di ottenere un dato conoscitivo già acquisito, perché in tal caso l'istruzione probatoria risulterebbe inutile. Tale esegesi non terrebbe peraltro in debita considerazione come, nel momento di valutazione da parte del giudice di questo requisito, non vi siano ancora dati probatori già acquisiti sulla base dei quali poter esprimere un giudizio di superfluità o meno del mezzo di prova di cui si invoca l'ammissione. In tema, cfr. G. Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P. Ferrua, F.M. Grifantini, G. Illuminati, R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, p.82.

⁴³ Requisito consistente nella potenzialità dimostrativa dei fatti di causa. G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le <<prove atipiche>> tra teoria e prassi*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, cit., p.52. Secondo Autorevole dottrina il concetto di "rilevanza" della prova si identificherebbe con "l'idoneità probatoria" e la "non ridondanza" della prova; cfr., G. Ubertis, *Prova*, cit., p.300.

1.1. L'idoneità della prova atipica all'accertamento dei fatti.

Ai sensi dell'art. 189 c.p.p. il primo parametro normativo a cui il giudice deve attenersi per verificare l'ammissibilità della prova atipica consiste nell'indagine sulla capacità dello strumento probatorio di offrire un contributo utile alla ricostruzione della vicenda giudiziaria, contributo che non sarebbe altrimenti raggiungibile attraverso i mezzi di prova tipici o che comunque comporterebbe l'uso di un procedimento accertativo meno affidabile.⁴⁴

Ne deriva che "l'idoneità probatoria" richiesta ex art. 189 c.p.p. non coincida con il requisito di "rilevanza probatoria" codificato per le prove tipiche ex art. 190 c.p.p. poichè il primo presupporrebbe un giudizio in astratto sulla capacità intrinseca del mezzo di prova ad accertare i fatti (giudizio invece presunto per i mezzi di prova tipici), mentre il secondo una valutazione in concreto del mezzo istruttorio a verificare l'oggetto di prova, rapportata appunto al *thema probandum*.⁴⁵

Più nello specifico e considerata l'impossibilità per il giudice di rendere a priori un giudizio di assoluta certezza circa l'idoneità o inidoneità probatoria di un mezzo di prova atipico, in ragione della ancora limitata conoscenza degli

⁴⁴ G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p.52. C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.116 che precisa come "la preminenza accordata a tale primo requisito non è casuale perché questo rappresenta un *prius* logico anche rispetto alla verifica della compatibilità (della prova atipica) con la libertà morale". Il mancato rispetto dei due limiti richiesti dall'art. 189 comma 1 c.p.p. per l'ammissione di una prova atipica renderebbe quest'ultima "giuridicamente inesistente", cfr., V. Bozio, *La prova atipica*, cit., p.66.

⁴⁵ O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p.221; V. Bozio, *La prova atipica*, cit., p.66; G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p.537, P. Tonini – C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p.186. Di diverso avviso, G. Uberty, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Utet, 1995, p.62 e ss., secondo cui il concetto di idoneità probatoria contemplato nell'art. 189 c.p.p. coinciderebbe con la rilevanza probatoria di cui parla l'art. 190 c.p.p., laddove starebbe ad indicare l'idoneità dello strumento probatorio a verificare l'affermazione probatoria ritenuta verosimile e pertinente.

atti del giudizio, si è ipotizzato che tale valutazione possa contenersi in un giudizio di “*non manifesta inidoneità*” del mezzo di prova atipico a verificare i fatti per cui si procede.⁴⁶ Secondo quest’ultimo orientamento infatti una soluzione più rigorosa, che imponesse un giudizio aprioristico assoluto di idoneità della prova alla ricostruzione della vicenda giudiziaria, renderebbe la disposizione di cui all’art. 189 c.p.p. certamente inapplicabile alla prova scientifica nuova o controversa, in quanto richiedente una valutazione fondata su elementi non in possesso del giudice nella fase preliminare del processo⁴⁷, incidendo tra l’altro negativamente anche sul diritto riconosciuto alle parti di vedersi assumere le prove richieste e, si ritiene, allontanando eccessivamente il giudicante da quella posizione di imparzialità ed equidistanza che ne deve invece sempre caratterizzare la figura e gli interventi processuali.

Laddove, peraltro, la prova atipica non dovesse essere inizialmente ammessa, deve ritenersi del tutto compatibile anche con tale categoria il disposto di cui all’art. 495 comma 4 c.p.p. inerente la possibilità per il giudice di “recuperare” le prove in precedenza escluse.⁴⁸

E’ comunque da evidenziare la diversità strutturale degli artt. 189 e 190 c.p.p. Quest’ultimo, infatti, muovendo dalla regola generale di inclusione della prova, secondo cui: “*una prova è ammissibile ogniqualvolta nessuna norma lo*

⁴⁶ O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p.225 e ss.; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p.55.

⁴⁷ Non a caso nell’ordinamento statunitense il giudizio sull’ammissibilità della prova scientifica può avvenire anche sulla base dell’esame dell’esperto. In questo senso infatti la rule 704 F.R.E. (Federal Rules of Evidence) afferma che, ai fini dell’ammissibilità della prova, deve essere dimostrata solo l’attendibilità dell’opinione dell’esperto e non anche l’attendibilità intrinseca della prova stessa.

⁴⁸ O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico- tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p.285, che precisa come non vi sia motivo per ritenere che l’art. 495 c.p.p. (nella parte in cui consente l’ammissione di prove in precedenza escluse o la rinuncia a prove già ammesse allorchè risultino superflue) debba riferirsi solo alle prove tipiche, poichè l’art. 190 c.p.p. ha carattere generale e troverebbe dunque applicazione, unitamente all’art. 189 c.p.p., anche per le prove atipiche.

escluda"⁴⁹ racchiude una sorta di presunzione di ammissibilità generale delle prove richieste che è diretta conseguenza dello stesso diritto alla prova costituzionalmente garantito.

Al contrario, l'art. 189 c.p.p. nel disciplinare l'ammissibilità della prova atipica si muove sul canone opposto di "*non astratta inclusione*"⁵⁰, sicchè spetterà alle parti il maggior sforzo dimostrativo consistente nella ricorrenza, al momento della richiesta, dei requisiti previsti dalla citata norma, tra cui appunto l'idoneità del mezzo di prova *assumendo* all'accertamento dei fatti.

1.2. La tutela della libertà morale della persona.

La tutela della libertà morale della persona è la seconda delle condizioni dettate dall'art. 189 c.p.p. ai fini dell'ammissione di una prova atipica.

Tale requisito, che si identifica con il dovere di garantire ai "*protagonisti dell'esperimento gnoseologico*"⁵¹ il diritto di liberamente determinarsi, corre lungo lo stesso binario degli artt. 64 comma 2 e 188 c.p.p.

⁴⁹ Così espressamente; F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p.612. In tema v. anche; G. Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p.82.

⁵⁰ O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico- tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p.233.

⁵¹ Sul punto, F. Zacchè, voce *La prova atipica*, cit.; V. Bozio, *La prova atipica*, cit., p. 72; F. Caprioli, *Riprese visive nel domicilio e intercettazioni << per immagini >>*, in *Giur. cost.*, 2002, p.2191 secondo cui: "*nella parte in cui esclude le prove che pregiudicano la libertà morale della persona, l'art. 189 c.p.p. sembra alludere al divieto di ricorrere a pratiche investigative idonee a condizionare le scelte comportamentali di chi ne sia oggetto*". Benchè nella Costituzione non vi sia alcun riferimento esplicito alla tutela della libertà morale dell'individuo (diversamente dalla libertà fisica del soggetto che gode di una previsione espressa nell'art. 13 Cost.), non di meno tale tutela si fa discendere dall'art. 2 Cost. mediante il riferimento alla personalità umana e dall' art. 3 Cost., mediante il riferimento generale alla dignità sociale dell'individuo. Sulla differenza tra libertà personale intesa come assenza di coercizioni fisiche e libertà morale, intesa come assenza di coercizione psichica idonea a pregiudicare la capacità di autodeterminazione del soggetto; v. G. Vassalli, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in Id., *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1997, p.177 e ss. Tra gli strumenti limitativi della libertà di autodeterminazione

La portata generale di questa condizione è in particolare ben riassunta nell'art. 188 c.p.p. laddove dispone: “ *Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti*”.

L'art. 189 c.p.p. non richiede peraltro che la prova atipica arrechi un'offesa concreta alla libertà morale della persona, bastando, in quanto norma a carattere preventivo, il mero pericolo che ciò accada. Laddove quindi uno strumento di prova atipico, per quanto idoneo all'accertamento dei fatti, risulti potenzialmente pregiudizievole per la libertà morale e di autodeterminazione del soggetto, ne sarà esclusa l'ammissibilità persino qualora vi sia il consenso della parte interessata. Il consenso del soggetto varrebbe, infatti, solo a negare l'illiceità del comportamento tenuto ex art. 613 c.p., ma non sanerebbe appunto la sanzione di inutilizzabilità degli esiti ex art. 191 c.p.p. che deve conseguire al ricorso all'adozione di certe metodologie

rientrano la narcoanalisi e l'ipnosi. Quanto al poligrafo o *lie detector* occorre evidenziare come in passato non vi fosse una considerazione negativa assoluta su tale strumento, in ragione del fatto che, secondo alcuni autori, il soggetto sottopostovi non perdeva le proprie facoltà cognitive. Piuttosto il problema che poteva crearsi era la non completa affidabilità degli esiti di tale procedura, facilmente condizionati dal carattere del soggetto sottoposto; cfr., E. Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, cit., p.141. Sulla necessità invece di escludere completamente il ricorso a tale tipologia di strumenti, che sarebbero appunto di incerta affidabilità; cfr. G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p.537. In generale sul tema si veda anche P. Gaeta, *Dichiarazioni di indagato “provocate” da agenti infiltrati: la libertà di autodeterminazione quale canone di utilizzabilità*, in *Cass. pen.*, 1998, p.967; F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p.620, che specifica come il divieto sarebbe di natura generale, interessando qualunque intervento manipolativo come: “*veglie coatte... fame, sete, luce abbagliante, buio, caldo, freddo, esami estenuanti....*” etc. Con riguardo all'incidenza sulla libertà morale dell'individuo delle tecniche neuroscientifiche, considerate mera evoluzione del *lie detector*, v. G. Varraso, *Neuroscienze e consulenza investigativa*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2014, p.264 e ss., che ritiene come debba escludersi l'uso, anche consensuale, di qualsiasi metodica di natura neuroscientifica per sondare l'intimo della persona, anche solo per valutarne l'attendibilità, sottolineando che tali tecniche, in quanto incidono sulla dignità della persona sottopostavi, ne violano necessariamente la libertà morale. Sul tema, in giurisprudenza, Trib. Venezia, sez. G.i.p., 24 gennaio 2013, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p.1905 ss.

di acquisizione delle conoscenze in ambito giudiziario che pregiudichino la libertà morale del soggetto (come nel caso di narcoanalisi o ipnosi).⁵² Né problemi particolari derivano dall'assenza nella norma di un riferimento esplicito anche alla tutela della libertà fisica della persona. Come infatti è stato rilevato, una eventuale prova atipica che si presentasse lesiva di tale sfera soggettiva risulterebbe inammissibile già ex art. 13 e 32 Cost., senza pertanto che occorra un espresso divieto processuale.⁵³

Si rende a questo punto opportuna una ulteriore precisazione: sebbene l'art. 189 c.p.p. non lo specifichi espressamente, appare di tutta evidenza che, oltre ai limiti di ammissibilità della prova atipica testè trattati, debba parimenti essere escluso dal giudicante quello strumento extra catalogo legale che risulti lesivo dei diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti, poiché una interpretazione estensiva della locuzione “....*divieti stabiliti dalla legge*” contenuta nell'art. 191 c.p.p. consente, come autorevolmente affermato, di allargare il concetto di “legge” anche alle norme costituzionali.⁵⁴

In sostanza, secondo tale interpretazione, laddove la Costituzione riconosca come inviolabili alcuni diritti fondamentali dell'uomo, con l'individuazione specifica dei casi e dei modi in cui questi possano essere limitati, implicitamente fissa altrettanti divieti probatori. Ne deriva che gli atti di

⁵² P.P. Rivello, *La prova scientifica*, cit., p. 95 e ss; A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., p.40.

⁵³ G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p.535; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p.58.

⁵⁴ E' il tema della cd. prova incostituzionale sulla base del quale anche elementi di prova lesivi di diritti fondamentali sarebbero inutilizzabili a prescindere dall'esistenza di un espresso divieto probatorio nel codice di procedura penale. Il problema si pone in generale con riferimento agli artt. 13, 14 e 15 della Costituzione ed in particolare, come meglio si dirà *infra*, con riguardo alla videoregistrazione di comportamenti non comunicativi in ambito domiciliare. Sulla prova incostituzionale; Cfr., O. Mazza, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, cit.; F.M. Grifantini, *Inutilizzabilità*, cit., p.250; V. Bozio, *La prova atipica*, cit., p.81 e ss.; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p.60; C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.61 e ss.

acquisizione delle prove che vengano ad incidere su tali diritti debbano ritenersi vietati pur in assenza di una esplicita previsione, con conseguente operatività del divieto di utilizzazione ex art. 191 c.p.p.⁵⁵ Sul punto Autorevole dottrina ha ulteriormente osservato come, proprio perchè l'art. 189 c.p.p. non determina i casi e i modi con cui sarebbe consentita alle prove atipiche la compressione, per fini di giustizia, di diritti fondamentali, debba concludersi, ragionando *a contrariis*, che tale disposizione precluda, in aggiunta ai limiti codificati al primo comma, l'ingresso nel panorama processuale di mezzi atipici che si rivelino lesivi di diritti costituzionalmente garantiti: “ *Tale norma, nell'ammettere le prove atipiche, non determina i casi e i modi con i quali prove di tal genere possano ledere i diritti fondamentali. Viceversa, la Costituzione consente la limitazione soltanto allorchè la legge predisporre una regolamentazione dettagliata. Una interpretazione conforme a Costituzione impone di ritenere che l'art. 189 c.p.p. precluda l'ingresso processuale di prove atipiche lesive dei diritti fondamentali proprio perché tale disposizione non prevede i casi e i modi di*

⁵⁵ Tale orientamento è stato originato dalla sentenza n.34 del 6 aprile 1973 della Corte Costituzionale che, intervenendo in tema di intercettazioni captate senza l'autorizzazione dell'A.G. e di inviolabilità della segretezza delle comunicazioni, ha fissato per la prima volta il principio secondo cui: “ *..le attività compiute in dispregio dei diritti fondamentali del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività illegittime abbia subito*”. In giurisprudenza, sul punto v. anche Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, in *Guida dir.*, 2000, n. 27, p.58; Cass., sez. un., 24.9.1998, in *Cass. pen.*, 1999, p.465; Cass., sez. un., 16 maggio 1996, in *Cass. pen.*, 1996, p.3268; Corte cost., 19 giugno 1998, in *Cass. pen.*, 1998, p.2847. In dottrina, cfr., F.M. Grifantini, *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, cit. p.250. C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 144. In tema deve darsi conto del diverso orientamento di autorevole dottrina secondo cui l'eventuale violazione, nell'acquisizione di una prova, di un principio costituzionale a tutela del quale non vi sia una specifica previsione sanzionatoria non potrebbe *ex se* inficiare la validità dello strumento probatorio medesimo che rimarrebbe pertanto utilizzabile; F. Cordero, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p.154: “ *....Si sa che i precetti costituzionali rappresentano altrettanti paradigmi della normazione attuata in sede legislativa; ma si incorre in un salto logico, quando si postula che la reazione dell'ordinamento giunga al punto di rifiutare come processualmente irrilevante ogni dato conoscitivo conseguito con una condotta difforme da quelle direttive*”.

*siffatta compressione. L'elemento verrebbe dunque acquisito in violazione di un divieto probatorio implicito e come tale incorrerebbe nella inutilizzabilità ai sensi dell'art. 191 comma 1 c.p.p.. ..*⁵⁶

⁵⁶ Così espressamente, C. Conti, *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi riservati*, in *Dir. pen. proc.*, n.11, 2006, p.1358 e ss.; id., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p.173. Per una approfondita ricostruzione della problematica, v. C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 129 e ss.

2. *Il procedimento di acquisizione della prova atipica: il contraddittorio anticipato sull'assunzione della prova ex art. 189 c.p.p.*

Dopo la verifica dell'idoneità della prova atipica all'accertamento dei fatti e della non lesività della libertà morale dell'imputato, al giudice è demandato un ulteriore compito di natura questa volta squisitamente procedurale: l'individuazione delle modalità di assunzione del mezzo istruttorio. La norma però impone al giudicante la preventiva audizione delle parti in contraddittorio.

Diversamente infatti da quanto previsto per le prove tipiche, le cui modalità di assunzione risultano già cristallizzate secondo moduli predefiniti, nel caso si debba assumere una prova non disciplinata dalla legge il contraddittorio viene garantito non solo – come di norma - nel momento di formazione della prova, ma anche prima, nel momento di individuazione del procedimento acquisitivo.⁵⁷ E' evidente che tale scelta sia posta a garanzia del pericolo di una strumentalizzazione dal parte del giudicante del potere consegnatogli dall'art. 189 c.p.p. e serva anche a bilanciare il maggior effetto sorpresa che riveste una prova il cui metodo di acquisizione non sia già stato previamente sperimentato dalle parti nella pratica.

Del resto questo era il senso espresso dal legislatore del nuovo codice: “*..verificata l'ammissibilità del mezzo di prova atipico, il giudice dovrà poi regolarne in concreto le modalità di assunzione così da rendere conoscibile in anticipo alle parti l'iter probatorio*”.⁵⁸

⁵⁷ A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., p.123; V. Bozio, *Le prove atipiche*, cit., p.74 e ss. Il giudice non è comunque vincolato a tener conto dei suggerimenti espressi dalle parti sulle modalità di assunzione della prova atipica. Infatti solamente la mancata audizione delle stesse in contraddittorio sarebbe causa di nullità ex art. 178 lett. b) o c) c.p.p. Sul punto, C. Pansini, *E' valida la prova atipica senza la preventiva audizione delle parti*, cit., p.1258.

⁵⁸ G. Conso - V. Grevi - G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati, il progetto preliminare del 1988*, cit., p.553. Residua peraltro il problema della eventuale violazione delle regole assuntive dettate dal giudice, poiché si tratterebbe della violazione di un dovere non previsto dalla legge, circostanza che renderebbe impossibile il

Con riguardo invece alla materiale assunzione dello strumento probatorio, devono certamente valere le regole sull'esame incrociato dettate in via generale per l'assunzione di tutti i mezzi di prova, con gli eventuali adattamenti che si rendano opportuni in ragione della particolarità del mezzo di prova da assumersi⁵⁹. Il contraddittorio nella formazione della prova rimane infatti il metodo epistemologico d'elezione per l'accertamento dei fatti processuali, in ragione della partecipazione delle parti su base egualitaria alla verifica del teorema accusatorio.⁶⁰ Non può omettersi peraltro di rilevare come sul punto l'art. 189 c.p.p. appaia sibillino, poiché sia la locuzione " *il giudice può assumerla* ", sia l'espressione " *il giudice provvede all'ammissione* "

rinvio all'art. 191 c.p.p. Tale questione è stata risolta da alcuna dottrina attraverso il rinvio all'art. 526 c.p.p. sul presupposto che prove così assunte non potrebbero ritenersi legittimamente acquisite al dibattimento. Altra soluzione proposta risiederebbe nella considerazione della stessa inadeguatezza sopravvenuta di una prova assunta in violazione delle regole dettate dal giudice in seguito alla consultazione con le parti, poiché nel caso delle prove atipiche il contraddittorio sulle modalità di assunzione avrebbe anche funzioni di tipo gnoseologico. Questa problematica investe però solo l'ipotesi, più astratta che reale, di una prova atipica con riferimento alla quale si proceda a contraddittorio preventivo. E' evidente infatti che per le investigazioni atipiche tale problematica non si ponga in quanto il contraddittorio è necessariamente differito ad un momento successivo alla materiale formazione del mezzo istruttorio e pertanto ha ad oggetto solo l'acquisizione in giudizio degli esiti di tale prova. C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.126-127.

⁵⁹ O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p.269 e ss. Il giudice potrebbe per esempio consentire ai consulenti tecnici di parte di presenziare all'esame del perito, potrebbe consentire un esame simultaneo degli esperti, ovvero far partecipare all'esame con proprie domande il perito e i consulenti delle parti.

⁶⁰ In generale, sul principio del contraddittorio, *ex multis*, A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., p. 83 e ss; G. Giostra, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol.VIII, Roma, 1988, p.4; P. Ferrua, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. Giust.*, 2000, p.49; G. Frigo, *La rinascita del modello accusatorio figlia dello scandalo di un codice ripudiato*, in *Guid. dir.*, 2001, n.13, p.34; D. Carcano - D. Manzione, *Il giusto processo: commento alla legge 1 marzo 2001 n.63*; Milano, 2001, p.4.

potrebbe autorizzare a ritenere che le parti siano escluse dalla concreta formazione della prova, dovendo essere solo previamente sentite sulle modalità acquisitive.⁶¹ Tale conclusione però si scontrerebbe sia con la previsione di cui all'art. 111 Costituzione, che impone la formazione della prova in contraddittorio tra le parti, sia a ben vedere, con l'art. 6 CEDU par. 3 lett. d) laddove garantisce il diritto al confronto sulla fonte di prova.⁶²

Infine, sembra doversi escludere la possibilità di assumere prove atipiche in sede di incidente probatorio ex art. 392 c.p.p. in ragione della tassatività delle ipotesi ivi contemplate⁶³. Questa pur necessitata conclusione lascia aperta la questione inerente l'assunzione di una prova atipica “ *a rischio dispersione*”, problematica che si ripropone anche con riguardo all'applicazione dell'art. 467 c.p.p. in tema di atti urgenti, poiché tale disposizione richiama l'art. 392 c.p.p.

Venendo invece all'istanza ammissiva di assunzione di una prova extra catalogo legale, la lettera della norma, che si apre con l'inciso: “ *Quando è richiesta.....*”, conferma come questa competa necessariamente alle parti.

⁶¹ Sul punto, N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p.213; C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.122.

⁶² Tale tema assume particolare rilevanza proprio con riferimento alla prova atipica, la quale formandosi essenzialmente in via anticipata rispetto al dibattimento pone il problema dell'ammissibilità di un contraddittorio posticipato avente ad oggetto le sole modalità assuntive utilizzate. La Corte di Strasburgo infatti, proprio intervenendo sull'interpretazione dell'art. 6 CEDU, ha precisato come, pur non richiedendosi che il contraddittorio per la prova si spinga sempre verso il momento genetico dell'elemento gnoseologico, non si possa ritenere legittimo un mero contraddittorio “sulla prova”, ovvero su elementi di prova già acquisiti da una delle parti in assenza dell'altra o dal giudice nella fase preliminare. Il processo sarebbe equo se caratterizzato quantomeno da un contraddittorio differito sulla fonte di prova; S. Lonati, *Il contraddittorio nella formazione della prova orale e i principi della CEDU: una proposta de iure condendo*, cit..

⁶³ G. Ubertis, *Il giudice, la scienza e la prova*, in *Cass. pen.*, 2011, p.4114 che, con riferimento alla nuova prova scientifica, criticamente osserva come sostenere l'applicabilità per questa della disciplina dell'art. 189 c.p.p. anziché dello strumento probatorio tipico della perizia comporterebbe la conseguenza di escluderne la possibilità di assunzione ex art. 392 c.p.p. Nei medesimi termini; N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p.214.

Autorevole dottrina⁶⁴ ha ipotizzato tuttavia che la prova atipica possa essere ammessa anche d'ufficio dal giudice secondo i generali canoni dettati dall'art. 507 c.p.p., perché le norme del vigente codice di procedura penale, che disciplinano i poteri di assunzione probatoria riconosciuti al giudicante, non distinguerebbero tra prova tipica o atipica. Con il medesimo argomento sarebbero superabili anche le riserve che in siffatta evenienza potrebbero essere sollevate con riferimento all'eventuale alterazione della imparzialità del giudice che *motu proprio* ammetta una prova non disciplinata dalla legge. Il pericolo che ciò accada esisterebbe infatti anche nel caso in cui venga ammessa d'ufficio una prova tipica, rischio calcolato ed accettato dal legislatore allorché ha riconosciuto al giudicante tale potere. Dovrebbe concludersi pertanto, secondo tale esegesi, come anche le prove atipiche siano ammissibili d'ufficio, sempre peraltro che venga rispettata l'ulteriore condizione procedimentale inerente il preventivo parere delle parti sul metodo acquisitivo da applicarsi.

⁶⁴ A. Scalfati, *Premesse sulla prova penale*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, Vol. II, t. I., Torino, 2009, p.30. Sul punto, v. anche; P. Tonini - C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p.187; M. Nobili, *sub. art. 190 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p.399 nt. 7.

3. *Il ruolo del giudice e il contributo delle parti nella fissazione delle modalità di assunzione della prova atipica.*

La generica formulazione dell'art. 189 c.p.p. ha generato dubbi in dottrina sull'individuazione dei soggetti a cui sarebbe demandato il compito di fissare le modalità assuntive della prova atipica.

Secondo un primo orientamento questo onere competerebbe solo alle parti, residuando al giudice unicamente il vaglio di ammissibilità della prova medesima⁶⁵. Tale esegesi, peraltro, comporterebbe il rischio, tutt'altro che peregrino, che le parti tendano a selezionare modalità di assunzione della prova più confacenti al proprio scopo processuale. La soluzione prospettata con riferimento in particolare alla nuova prova scientifica sarebbe quindi quella di rimettere l'individuazione del *modus procedendi* al perito o al tecnico che si debba occupare della concreta acquisizione del nuovo mezzo istruttorio, il più delle volte di elevata specializzazione.⁶⁶

Questa lettura normativa troverebbe conferma nella formulazione dell'art. 189 c.p.p. che, dopo aver distinto il momento di ammissione della prova atipica da quello relativo alla sua assunzione, canalizzerebbe l'attività di competenza esclusiva del giudice solo alla prima delle due fasi, ovvero all'ammissione della prova atipica e non anche al successivo momento inerente l'individuazione delle modalità di assunzione della stessa⁶⁷: "...Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova". Diversamente, la dottrina maggioritaria risulta concorde nel ritenere come debba essere il giudice a determinare le modalità di assunzione della

⁶⁵ In tema; A. Procaccino, *Prove atipiche*, cit., p.273; G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p.538; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p.100.

⁶⁶ G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p.538.

⁶⁷ G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p.539.

prova atipica, previa naturalmente audizione, peraltro non vincolante, delle parti in contraddittorio⁶⁸.

Del resto se una tale attività fosse rimessa solo alle parti, potrebbe in concreto verificarsi una situazione di stallo, nel momento in cui queste non indicassero alcuna modalità o indicassero modalità acquisitive *contra legem*, impedendo di fatto l'ingresso nel processo di una prova atipica potenzialmente idonea ad accertare i fatti. Inoltre, una diversa interpretazione della norma in disamina fondata sul riferimento del verbo "provvedere" al solo momento ammissivo della prova atipica non pare logicamente giustificabile. L'esigenza di scindere, nel caso delle prove atipiche, i due momenti di "ammissione" ed "assunzione" della stessa, trova semplicemente ragione nella necessità di consentire alle parti la partecipazione alla scelta del *modus procedendi*, in quanto procedimento non garantito *ex lege*.

La formale decisione con cui il giudice provvede all'ammissione e dispone l'assunzione della prova atipica rimane però attività unica che interviene solo all'esito del complessivo espletamento degli adempimenti sostanziali e procedurali previsti dall'art. 189 c.p.p. e non a caso ricalca quanto già stabilito dall' art. 495 c.p.p.: "*il giudice, sentite le parti, provvede all'ammissione delle prove....*". Sul tema deve darsi conto del fatto che la Suprema Corte di Cassazione avesse inizialmente escluso che l'eventuale omissione da parte del giudice dell'audizione delle parti in contraddittorio sul *modus procedendi*, potesse rendere inutilizzabile la prova atipica così acquisita, sanzione che sarebbe stata applicabile solamente per una prova assunta in violazione di un divieto esplicito stabilito dalla legge. Si verteva dunque in una mera ipotesi di irregolarità⁶⁹. Questa interpretazione è stata peraltro oramai superata dall'esegesi offerta dalla dottrina, concorde nel ritenere, al contrario, come l'omessa audizione delle parti, determini una nullità di ordine generale a

⁶⁸ A. Furguele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., p.108; V. Grevi, *Prove*, cit., p.307; A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., p.124.

⁶⁹ Cass., 11 giugno 1992, in *Cass. pen.*, 1994, p.125. Sul punto, criticamente, G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p.540.

regime intermedio ex art. 178 comma 1 lett. b) o c) c.p.p. con conseguente inutilizzabilità del risultato probatorio⁷⁰.

Conferma a nostro avviso tale assunto il fatto che l'inciso sull'audizione delle parti in contraddittorio sia stato oggetto di apposito intervento additivo nel testo definitivo dell'art. 189 c.p.p.⁷¹ Infatti la norma originariamente elaborata con il progetto preliminare per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale disponeva unicamente che fosse il giudice a fissare le modalità di assunzione della prova atipica.

La predetta conclusione pare infine avallata richiamando sia il canone generale dettato dall'art. 190 c.p.p., secondo cui le prove sono ammesse a richiesta di parte, sia, ancora una volta, l'art. 495 commi 1 e 2 c.p.p., con riferimento al quale la mancata preventiva audizione delle parti in ordine alle richieste di prova non può che parimenti configurare una ipotesi di nullità ex art. 178 c.p.p. Del resto una diversa esegesi normativa porterebbe necessariamente alla violazione dell'art. 111 Cost. e dell'art. 6 CEDU poiché il diritto ad un giudizio imparziale si concretizza anche nel dovere del giudicante di rendere effettivo il "*contraddittorio per la prova*"⁷².

3.1. Brevi cenni sul valore accertativo delle prove non disciplinate dalla legge.

Durante la vigenza del Codice Rocco si riteneva che la mancata codificazione di una norma dedicata alle prove atipiche le rendesse prove

⁷⁰ C. Pansini, *E' valida la prova atipica senza la preventiva audizione delle parti?*, cit., p.1258; A. Furguele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit. p.108; V. Galbusera, *Note sul riconoscimento informale all'udienza dibattimentale*, in *Giust. Pen.*, 1995, III, p.464; A. Campo, *Spunti in tema di ricognizione e "ravvisamento"* in *Cass. pen.*, 1994, p.133. ; V. Bozio, *La prova atipica*, cit., p.66.

⁷¹ Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1988, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988 n.250, suppl. ord. n.2, cit., p.157.

⁷² Sul tema, S. Lonati, *Il contraddittorio nella formazione della prova orale e i principi della CEDU: una proposta de iure condendo*, cit..

minus quam perfectae, come tali incidenti sul convincimento del giudice in misura inferiore rispetto a quelle tipiche.⁷³ Secondo tale opinione infatti alla mancanza di una specifica regolamentazione nell'impiego delle prove atipiche non potevano che conseguire risultati aventi un margine di incertezza superiore rispetto a quelli che si sarebbero potuti verificare con l'impiego di una prova tipizzata.

Nel sistema vigente invece non vi sono motivazioni giuridiche per assegnare alla prova non disciplinata dalla legge una valenza probatoria inferiore rispetto a quella riconosciuta alle prove tipiche.⁷⁴ L'incidenza di questa prova sulla decisione è dunque ugualmente rimessa al libero convincimento del giudice, valutazione mitigata *ex ante* dalle regole dettate dal legislatore (art. 192 c.p.p.) e controllabile *ex post* attraverso la motivazione (art. 546 c.p.p.).⁷⁵

Tali considerazioni valgono naturalmente anche con riferimento agli esiti della prova scientifica - di cui meglio si dirà *infra* - poiché sussiste sempre la possibilità per il giudicante di discostarsi dalle conclusioni dell'esperto dandone conto in motivazione ex art. 546 c.p.p.⁷⁶ Quando peraltro si verta in tema di prova scientifica di elevata specializzazione il sapere comune del giudicante cui egli si rifà nel momento della decisione, si rivela molto spesso insufficiente. In questi casi la giurisprudenza si è pronunciata nel senso di

⁷³ E. Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, cit., p.233. Anche in ambito civilistico si riteneva che le prove non disciplinate dalla legge fossero prove di rango inferiore; M. Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p.397.

⁷⁴ G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., pp.651.

⁷⁵ Sul tema, *ex multis*, M. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, p.119 e ss.; G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., pp.651.

⁷⁶ V. in tema O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico- tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit. p. 337; C. Conti, *La prova scientifica*, in *La prova penale*, cit., p. 107. In giurisprudenza, sull'indipendenza decisionale del giudice, libero di aderire ad una piuttosto che all'altra tesi scientifica prospettata dai periti o consulenti di parte, sol che dia conto con motivazione logica e adeguata di tale sua scelta, Cass., sez. IV, 17 aprile 2012, in *Guid. dir.*, 2012, n.42, p.101; Cass., sez. IV, 13 maggio 2011, in *Guid. dir.*, 2011, n.36, p.94.

ritenere che, pur non essendo vincolante il responso peritale: “ dove è maggiore la complessità dell'accertamento tecnico-scientifico, maggiore dovrebbe essere il tasso di aderenza alle relative risultanze”.⁷⁷ Infatti qualora si sia in presenza di uno strumento probatorio atipico coincidente con metodiche scientifiche di elevata specializzazione dovrebbe ritenersi garantito nell'accertamento del fatto: “ un livello di sicurezza addirittura superiore a quello della prova giuridica”.⁷⁸

⁷⁷ Cass., sez. I, 8 maggio 2003, in *Dir. giust.*, 2003, n.29, p.79. Sul tema v. anche C. Brusco, *La valutazione della prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, fasc. 6S, p.23; id., *Il vizio di motivazione nella valutazione della prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, fasc. 11, p.1413. In dottrina, con riguardo alla non perfetta affidabilità della prova scientifica, i cui esiti non possono dare garanzie di assoluta certezza nell'accertamento del fatto; v. S. Lorusso, *Investigazioni scientifiche, verità processuale ed etica degli esperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p.1345; E. Amodio, *Il diritto delle prove penali nel pensiero di Mirjan Damaska*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p.15; F. Centonze, *Scienza “ spazzatura” e scienza “corrotta” nelle attestazioni e nelle valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p.1233; P.P. Rivello, *La prova scientifica*, cit., p. 64.

⁷⁸ Così espressamente, G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*. cit., p.103. Il citato confronto, però, suscita perplessità: poter paragonare il livello di affidabilità di un mezzo di prova atipico rispetto ad uno tipico comporta la necessaria esistenza di un mezzo di prova tipico idoneo al raggiungimento del medesimo risultato garantito da quello non disciplinato dalla legge. Tale evenienza è però da escludersi a priori, posto che il ricorso alla prova atipica sarebbe consentito solo nel caso in cui il risultato a cui si tende non sia raggiungibile attraverso un mezzo di prova tipizzato.

4. La prova scientifica al confine tra tipicità e atipicità probatoria: l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 189 c.p.p.

Con l'accezione prova scientifica si intende il risultato di quella operazione che si avvale, per la ricostruzione del fatto in ambito processuale, di regole scientifiche o metodologie tecnologiche elaborate dalla scienza con l'ausilio di esperti.

Può dunque parlarsi di prova scientifica quando si è in presenza di: “..operazioni probatorie per le quali, nei momenti dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione, si usano strumenti di conoscenza attinti alla scienza e alla tecnica, cioè a dire principi e metodologie scientifiche, metodiche tecnologiche, apparati tecnici il cui uso richiede competenze esperte”.⁷⁹ Tale termine si riferisce quindi ad un fenomeno complesso caratterizzato dall'impossibilità di assimilare il modello di ragionamento logico, che sovrintende il sapere scientifico, con lo schema inferenziale che presiede alla ricostruzione del fatto nel processo penale; circostanza che ha creato notevoli difficoltà agli interpreti nell'individuazione del valore accertativo da attribuirsi a tale tipologia di prova, stante l'assenza di criteri univoci di riferimento a cui il giudicante possa rifarsi per la valutazione dei requisiti di scientificità della prova per esperto, per l'individuazione della disciplina ad essa applicabile e soprattutto per la determinazione della sua valenza dimostrativa⁸⁰.

⁷⁹ O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico- tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p.12. Già durante la vigenza del codice Rocco Autorevole dottrina si era interrogata sui rapporti tra conoscenza giudiziaria e conoscenza scientifica, A. Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p.414, che giungeva a concludere come :“ i metodi scientifici non possono offrire nuove categorie di prove, ma possono servire ad una migliore ricerca della verità”. Sul tema v. anche F. Caprioli, *La scienza “cattiva maestra”: le insidie della prova scientifica nel processo penale*, cit., p.3520 e ss.; P.P. Rivello, *La prova scientifica*, cit., p. 57 e ss.; C. Conti, *La prova scientifica*, cit., p. 87 e ss.; A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., p.18.

⁸⁰ Il tema è infatti ancora relativamente nuovo in Italia, mentre è stato già approfonditamente studiato nell'ordinamento statunitense. La tematica sulla prova scientifica, nel sistema

Infatti affinché si possa definire una prova come scientifica non è sufficiente che la comprensione del modello probatorio e la sua valutazione necessitino dell'ausilio di schemi logici elaborati dalla scienza. Ciò che segna la differenza tra prova comune e prova scientifica consiste nel tipo di conoscenze richieste per l'uso della seconda nel processo. La maggiore specificità e complessità di quest'ultima richiede infatti conoscenze che esorbitano dal sapere comune del giudicante, generalmente parametrato a quello dell'uomo medio.⁸¹

Connessa a tale questione è l'ulteriore distinzione tra strumenti scientifico-tecnici "comuni" in quanto già oggetto di una condivisa e consolidata esperienza nell'uso giudiziario e strumenti scientifico – tecnici definiti "nuovi o controversi".⁸²

americano, ha il proprio fondamento nei due casi decisi dalla Corte Suprema Federale *Frye v. United States* del 1923 e *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals* del 1993. Sul tema, v. *ex multis*, P.P. Rivello, *La prova scientifica*, cit., p. 78 e ss.; O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico- tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p. 138 e ss.

⁸¹ P.P. Rivello, *La prova scientifica*, cit., p.58; V. Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p.415; O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico- tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p.45 e ss., il quale precisa che il giudicante che non abbia competenze adeguate alla valutazione della scientificità di una prova o al controllo dell'operato dell'esperto deve poter contare, nell'ambito del sapere comune di cui è dotato, di schemi concettuali che gli consentano di ragionare sulla validità delle leggi scientifiche e delle metodologie usate dall'esperto per la ricostruzione del fatto e sul loro corretto impiego in sede processuale. Sulla nozione di "sapere comune" v. M. Taruffo, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p.667 secondo cui è tale l'insieme dei: "singoli dati di conoscenza che costituiscono buona parte del patrimonio culturale che si suppone proprio dell'idealtipo dell'uomo medio in un certo luogo e contesto sociale".

⁸² O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico- tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p.14 e 208. L'A. precisa però che anche strumenti tecnico-scientifici comuni possono essere investiti da <<nuovi fattori teorici, tecnologici o pratici ...In tale evenienza la prova scientifica torna a proporsi come nuova...>>. In tema v. anche, P.P. Rivello, *La prova scientifica*, cit., p. 111.

I primi sono strumenti accreditati nella comunità scientifica e che, dunque, hanno già un apprezzabile livello di affidabilità. Tra i più noti rientrano l'autopsia (art 116 disp. att. c.p.p.) e l'analisi di impronte digitali. Uno strumento scientifico si definisce invece "nuovo" quando è di recente elaborazione scientifica e quindi la sua affidabilità non ha ancora raggiunto un livello tale da poter essere accreditato nella comunità scientifica, oppure quando da comune è investito da una nuova formulazione che lo rimette in discussione, ponendolo così sullo stesso piano di strumenti nuovi e sconosciuti all'esperienza giuridica. Infine uno strumento scientifico-tecnico può presentarsi come "controverso", quando sia oggetto di opinioni discordanti circa la sua validità.⁸³

La peculiarità della "*prova per esperto*" rende a questo punto necessaria una analisi specifica delle sue caratteristiche allo scopo di verificare se sia applicabile ad essa la disciplina delle prove atipiche dettata dal legislatore del 1988, stante la stretta correlazione tra il tema delle nuove risorse scientifiche potenzialmente utilizzabili nel processo ed il tema dell'atipicità probatoria.⁸⁴ Infatti gli strumenti scientifico – tecnici sono per natura estranei alle previsioni del catalogo legale. Il sistema processual-penalistico potrebbe invero eventualmente regolamentarne solo le modalità di svolgimento in ambito

⁸³ Caso emblematico sarebbe la tecnica di individuazione della voce cd. metodo spettrografico o voiceprint, la cui affidabilità è controversa sia in Italia che negli Stati Uniti; cfr. O. Dominioni, *La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p.79-80. Deve precisarsi che perché uno strumento tecnico-giuridico non risulti controverso non è peraltro necessario che questo riscuota l'approvazione generale della comunità scientifica, bastando un accreditamento sperimentato che gli conferisca apprezzabile carattere di affidabilità. Può anche darsi, infine, che uno strumento tecnico scientifico sia considerato altamente affidabile in ambito scientifico mentre risulti controverso in ambito giuridico. M. Bargas, *Note in tema di prova scientifica*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p.47.

⁸⁴ O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico- tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p. 15.

giudiziario ma deve comunque sempre rimettersi alla scienza per quanto concerne l'identificazione di tali strumenti e del loro statuto epistemologico⁸⁵.

Il sistema vigente, peraltro, risulta deficitario di uno schema processuale specifico sufficientemente malleabile da poter essere applicato per l'assunzione di ogni tipologia di prova scientifica, essendo quest'ultima in continua evoluzione sia dal punto di vista teorico che dal punto di vista pratico. In questo senso appare evidente la ragione per cui il legislatore del 1988 non ha fornito - né avrebbe potuto farlo - una disciplina specifica per la prova scientifica, ritenendo all'occorrenza applicabile quella dettata per la prova atipica ex art. 189 c.p.p.: *".....E' sembrato che una norma così articolata possa evitare eccessive restrizioni ai fini dell'accertamento della verità, tenuto conto del continuo sviluppo tecnologico che estende le frontiere dell'investigazione....."*.⁸⁶

Proprio questa assimilazione è stata severamente criticata da un insigne autore che ha sottolineato come si tratti di fenomeni ontologicamente diversi, e quindi non sovrapponibili: *"Nel corpo del diritto delle prove non è stata prevista una disciplina apposita per l'ammissione della prova scientifica essenzialmente per la convinzione che questa, nei casi in cui si presenti come "nuova", afferisce al fenomeno della prova atipica. Si è pertanto ritenuto che la regolamentazione di questo tema fosse da affidare all'art. 189 c.p.p., infatti precipuamente motivato con l'esigenza di dare spazio nel processo all'impiego probatorio di nuovi ritrovati scientifico-tecnici. Senonchè questa disposizione è stata concepita con un tenore letterale che male si adatta alla prova scientifica: il suo oggetto è individuato nella "prova non disciplinata dalla legge", così da essere messo in correlazione negativa con quanto è previsto nel repertorio legale, con il quale però gli strumenti scientifico-tecnici della conoscenza giudiziaria nulla hanno a che vedere."*⁸⁷ La medesima dottrina ha precisato peraltro che, pur non potendosi assimilare la prova scientifica alla prova

⁸⁵ O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico- tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p. 15 e ss.

⁸⁶ Relazione al progetto preliminare del nuovo c.p.p., in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988 n.250, Suppl. ord. n.93, cit. , p.60.

⁸⁷ O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico- tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p. 15 e p. 32:

atipica, debba applicazione la disciplina di cui all'art. 189 c.p.p. in ragione di una interpretazione analogica della materia. L'art. 189 c.p.p. sarebbe dunque applicabile alla prova scientifica " *nuova o controversa e di elevata specializzazione*", valendo invece per la prova scientifica " *comune*" le ordinarie regole dettate dal codice di procedura penale per le prove tipiche.

Secondo infatti tale orientamento, nel caso si versi in tema di prova scientifica " *nuova o controversa*", valutazione comunque rimessa al giudice, troverebbe applicazione la disciplina delle prove atipiche al fine di precludere l'ingresso nel processo penale alla cd. " *scienza spazzatura o junk science* " ⁸⁸. In tale circostanza infatti l'ammissione del mezzo istruttorio sarebbe subordinata all'esame preliminare dei requisiti di idoneità dello strumento scientifico all'accertamento dei fatti e di non lesività della libertà morale del soggetto. Laddove invece si versi in tema di " *prova di elevata specializzazione*" l'art. 189 c.p.p. diverrebbe operativo solo con riferimento al secondo comma, poiché, in ragione dell'elevata tecnicità e del consolidato utilizzo di questa particolare prova scientifica anche nella pratica giudiziaria, sarebbe superata l'indagine generalmente imposta al giudicante sulle due condizioni sopra citate. ⁸⁹

Deve darsi conto, peraltro, del diverso orientamento di alcuni autori contrari ad applicare la disciplina della prova atipica alla prova scientifica: "..... *l'impostazione volta ad instaurare una sorta di collegamento necessitato tra le nuove prove scientifiche ed il disposto dell'art. 189 c.p.p. risulta priva di qualsivoglia aggancio testuale e finisce col violare il principio di legalità processuale delineato dall'art. 111 comma 1 Cost. e affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. L'ingresso della scienza innovativa nel contesto processuale non richiede il ricorso a mezzi di prova atipici; ad ulteriore conferma di detta affermazione potrebbe rilevarsi che con riferimento ad un nuovo strumento tecnico-scientifico di elevata*

⁸⁸ Tale esame non sarebbe infatti garantito dall'art. 190 c.p.p. O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico- tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p. 207 e ss. Sul tema v. anche C. Conti, *La prova scientifica*, in *La prova penale*, cit., p.99.

⁸⁹ O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico- tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p. 209.

specializzazione, quale è il DNA test, il legislatore non ha mostrato perplessità nel ricondurre detta specifica ipotesi, in virtù dell'art. 224-bis c.p.p., entro i parametri della disciplina peritale.”⁹⁰

4.1. Il concetto di idoneità probatoria dello strumento scientifico-tecnico.

Mentre nel caso di prova scientifica “comune” trova quindi a applicazione l'art. 190 c.p.p. senza alcuna indagine sui requisiti di non lesività della libertà morale della persona e di idoneità della prova all'accertamento dei fatti in quanto già vagliati dal legislatore nel momento di plasmazione dei vari mezzi di prova tipici, qualora si versi in tema di prova scientifica nuova o controversa l'indagine sui predetti requisiti si impone in ragione dell'applicabilità della disciplina dell'art. 189 c.p.p.⁹¹

⁹⁰ così espressamente; P.P. Rivello, *La prova scientifica*, cit., p.118-119. Nei medesimi termini; S. Lorusso, *La prova scientifica*, in A. Gaito, *La prova penale* (a cura di), 2008, p.25; G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 568 che evidenzia come tutte le prove scientifiche trovano ingresso nel processo penale attraverso la perizia, e dunque attraverso un mezzo di prova tipizzato. Sul punto v. anche G. Ubertis, *La prova scientifica e la nottola di Minerva*, in *Indice penale*, 2006, pp.501 e ss., secondo cui prima del ricorso alla disciplina di cui all'art. 189 c.p.p. dovrebbe comunque verificarsi la percorribilità della disciplina sulle prove tipiche ed in particolare sulla perizia e sulla consulenza tecnica. L'autore evidenzia inoltre, in un altro suo contributo, il concreto rischio che l'indagine preventiva sull'idoneità della prova *assumenda* all'accertamento del fatto richiesto ex art. 189 c.p.p. venga a compromettere la posizione di << neutralità metodologica >> del giudice, pericolo che non ricorrerebbe se si applicassero anche per la prova scientifica i criteri dettati per i tradizionali mezzi di prova. In questo caso, infatti, il giudizio di rilevanza-idoneità demandato al giudicante ex art. 190 c.p.p. avrebbe ad oggetto solo la capacità del mezzo di prova di << veicolare elementi di prova da cui inferire o smentire l'affermazione probatoria>>; cfr., G. Ubertis, *Il giudice, la scienza e la prova*, in *Cass. pen.*, 2011, p.4115-4116.

⁹¹ Autorevole dottrina ha fortemente criticato tale diversificazione complicata dall'impossibilità di tracciare una netta demarcazione tra prova scientifica comune e prova scientifica nuova; cfr., G. Ubertis, *Il giudice, la scienza e la prova*, cit., p.4114. Sul ruolo del giudice nel vaglio di ammissibilità della nuova prova scientifica; cfr. O. Dominioni, *La prova*

In questo caso una valenza particolare riveste la verifica dell'idoneità della prova scientifica nuova all'accertamento dei fatti per cui si procede, giudizio che richiede da parte del giudicante una valutazione del tutto peculiare sulla validità dello strumento probatorio da assumere. Ne consegue l'ulteriore problema inerente l'opportunità che tale indagine, in ragione della specificità delle competenze richieste, venga rimessa all'esperto, con successivo mero recepimento delle sue conclusioni da parte del giudice. Il mantenimento da parte del magistrato del potere-dovere di svolgere una propria autonoma valutazione sulla ricorrenza di questo requisito appare però senza dubbio la soluzione più aderente al dettato normativo.

E' evidente infatti che la valutazione del giudice non si limiti solo alla verifica della validità sul piano scientifico dello strumento probatorio da assumersi, ma contempli anche un giudizio di natura tecnico- processuale non demandabile all'esperto e non scindibile con la verifica della validità del metodo scientifico proposto recepita *per relationem* dalla comunità scientifica.⁹²

Un differente approccio, in cui il grado di validità processuale della prova scientifica stabilito dalla comunità degli studiosi venga recepito acriticamente dal giudice verrebbe del resto a pregiudicare quella libertà di convincimento lasciata al giudicante che sovrintende il vigente sistema processuale penale.

La giurisprudenza di legittimità sottolinea peraltro la necessità che il giudice si avvalga di strumenti di controllo tanto più specifici quanto più tecnico sia l'argomento trattato.⁹³ In questo senso, gli elementi che concorrono a stabilire il grado di attitudine della prova scientifica ad accertare i fatti per cui si procede sono molteplici.

penale scientifica. *Gli strumenti scientifico- tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p. 210.

⁹² O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico- tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p. 210; Id., *In tema di nuova prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p.1061.

⁹³ Cass. pen., sez. I, 16 aprile 1997, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p.297.

Tra di essi *in primis* la validità teoretica del principio, della metodologia e degli strumenti tecnici da impiegare, in connessione con l'adeguatezza concreta dello strumento scientifico a fornire un contributo dimostrativo dei fatti per cui si procede. Ulteriori elementi si annoverano nella controllabilità del corretto uso pratico dello strumento scientifico, nella qualificazione dell'esperto e nella chiarezza e comprensibilità dello strumento probatorio⁹⁴. Da ultimo, ma non meno importante, i tempi di accertamento del fatto che l'uso della nuova prova scientifica richiederebbe, posto che il sacrificio di quel principio di celerità processuale che investe tutto l'arco del procedimento penale risulterebbe accettabile solo nel caso si debba assumere uno strumento scientifico altamente affidabile e utile.

Sulle concrete modalità di assunzione della prova, l'art. 189 c.p.p. lascia aperta la possibilità per il giudice di individuare, con l'ausilio delle parti sentite in contraddittorio, anche modalità atipiche di assunzione del mezzo di prova, sia in senso positivo, ovvero attraverso l'individuazione di uno schema procedurale diverso o anche solo integrativo del modello codificato, pur attingendo a metodiche non direttamente contemplate nel modello legale, sia in negativo attraverso la proibizione o la limitazione di determinate modalità assuntive della prova.⁹⁵ Quanto detto purchè venga rispettato il canone fondamentale di riferimento, ovvero il contraddittorio. La Corte europea dei diritti dell'uomo, ravvisando la violazione dell'art. 6 CEDU, si è infatti di recente pronunciata nel senso dell'inutilizzabilità ai fini decisori di prove scientifiche che siano state raccolte in sede di indagine senza la garanzia del contraddittorio, per l'evidente rischio di manipolazione della prova.⁹⁶

⁹⁴ O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico- tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p. 216 e ss.

⁹⁵ O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico- tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p. 250. Sul tema v. anche C. Conti, *La prova scientifica*, in *La prova penale*, cit., p.105.

⁹⁶ Corte eur. dir. uomo, sez. I, sent. 17 ottobre 2013, r. n. 36044/09, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 31 ottobre 2013, con nota di R. Casiraghi, *Il caso Horvatic' contro Croazia: inutilizzabilità per la decisione di prove scientifiche raccolte in sede di indagine senza la*

4.2. Tutela della libertà personale dell'indagato e accertamenti corporali coattivi.

Stante i brevi cenni svolti in tema di prova scientifica pare opportuno tratteggiare anche i confini entro cui la libertà personale, tutelata ex artt. 2 e 13 Cost., possa essere compressa in favore dello svolgimento di accertamenti corporali coattivi⁹⁷ poiché proprio lo sviluppo dell'attività di indagine, soprattutto quella di tipo scientifico, rende a volte necessaria nel corso del procedimento penale la collaborazione "passiva" del soggetto indagato.

Il tema dei limiti a cui possa esser subordinato un accertamento coattivo è stato oggetto di un tormentato dibattito in dottrina e giurisprudenza. Nel 1962, in particolare, la Corte Costituzionale, dovendo pronunciarsi sulla conformità a Costituzione dell'art. 4 del Testo Unico della legge di Pubblica

garanzia del contraddittorio. Si tratta di un caso in cui, a seguito del prelevamento di campioni di capelli e unghie dall'imputato ai fini dell'identificazione dello stesso quale autore di una rapina, peraltro senza documentazione di tale procedura, la difesa non era stata posta in condizioni nemmeno di partecipare alla successiva attività di analisi dei reperti prelevati, così conseguente impossibilità di contestare l'autenticità delle prove raccolte e di opporsi al loro uso. Nei medesimi termini, Corte eur., sez. I, sent. 25 febbraio 2010 Lisica c. Croazia S 49; Grande Camera, sent. 8 gennaio 2008, Bykov c. Russia, S 90. Con riferimento alle decisioni interne, deve segnalarsi come il tema fosse già stato oggetto di approfondimento durante la vigenza del codice Rocco, G.i. Trib. Milano, 12 settembre 1973, Carollo, in *Riv. pen.*, 1974, p.894.

⁹⁷ In questo caso l'indagato sarebbe <<oggetto di prova>>, venendosi così a trovare in una posizione di soggezione in ordine all'espletamento di atti probatori sul proprio corpo. Tale situazione è del tutto diversa da quella in cui l'indagato rivesta il ruolo di organo di prova, come tale legittimato ad un'autodifesa sia attiva che passiva ex art. 24 Cost., con il conseguente diritto in quest'ultimo caso a non collaborare con l'A.G.; P. Felicioni, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale. Lineamenti costituzionali e prospettive di riforma*, in *Ind. Pen.*, 1999, p.502. In via generale, il prelievo è stato definito come: "qualsiasi manovra diretta a raccogliere materiale necessario per l'esecuzione di ricerche ed analisi"; cfr. A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., p. 58. In tema v. anche M. Daniele, *Prelievi e trasmissione di dati genetici*, in R.E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p.328 e ss. ; Mitja Gialuz, *L'accesso al corpo tramite strumenti diagnostici*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 204, p.289 e ss.

Sicurezza in rapporto all'art. 13 Cost., nella parte in cui consentiva alla polizia di effettuare dei rilievi, operò una differenziazione tra rilievi esteriori, compiuti su parti del corpo visibili a tutti e rilievi che si concretizzano in vere e proprie ispezioni corporali, perché incidenti sulla libertà fisica o morale della persona. Per tale ultima categoria doveva trovare applicazione l'art. 13 Cost.⁹⁸

La Corte costituzionale tornò sul tema solo svariati anni dopo, dichiarando, proprio sulla scia della citata pronuncia, l'incostituzionalità dell'art. 224 comma 2 c.p.p. per contrasto con l'art. 13 Cost., nella parte in cui consentiva l'uso di misure limitative della libertà personale, come appunto il prelievo coattivo, senza alcuna precisazione sul tipo di misure adottabili e sulla procedura da seguire: " *...il prelievo ematico comporta certamente una restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria l'esecuzione coattiva..E tale restrizione è tanto più allarmante in quanto non solo interessa la sfera della libertà personale ma la travalica, perchéinvade la sfera corporale della persona....*"⁹⁹

Peraltro poiché anche a seguito di tale ultima sentenza, il legislatore non si era fatto carico di individuare né il tipo di accertamenti corporali coattivi consentiti né la disciplina da applicarsi, la giurisprudenza rimase orientata, sino all'intervento legislativo del 2005, a ritenere non eseguibile

⁹⁸ Corte cost., 27 marzo 1962, n.30, in *Giur. cost.*, 1992, p. 240. A questo intervento costituzionale seguì, durante la vigenza del codice abrogato, una successiva sentenza (n.54 del 18.3.1986 in *Cass. pen.*, 1986 p.868) affermativa della praticabilità del prelievo ematico coattivo attraverso l'esecuzione di una perizia medico-legale.

⁹⁹ Corte cost., 9 luglio 1996, n.238, in *Cass. pen.*, 1996, p.3567 con nota di G. Santacroce, *Prelievo coattivo del sangue a scopo probatorio e tutela della libertà personale*. Trattasi del caso della Madonnina di Civitavecchia. Veniva infatti rilevato in sentenza come mancassero nella norma dichiarata incostituzionale le condizioni ed i limiti per l'adozione del provvedimento coattivo in esame, diversamente da quanto il legislatore aveva invece previsto nel caso di accompagnamento coattivo (artt. 132, 133 c.p.p.) o nel caso di esecuzione dell'etilometro o del prelievo di campioni biologici finalizzato all'accertamento dello stato di ebbrezza.

coattivamente alcuna misura che potesse incidere sulla libertà personale del soggetto.¹⁰⁰

Il primo tentativo di sistemazione organica della materia risale infatti alla l. n.155 del 2005 che, introducendo l'art. 349 comma 2 -bis c.p.p., ha riconosciuto alla polizia giudiziaria il potere di procedere coattivamente al prelievo di capelli e saliva ai fini dell'identificazione del soggetto indagato; attività però subordinata all'autorizzazione scritta del pubblico ministero e da eseguirsi naturalmente nel rispetto della dignità personale di questi.¹⁰¹

Tale legge peraltro non è intervenuta in maniera diretta né a disciplinare il prelievo ematico coattivo, rimasto affidato al consenso del periziando, né a tratteggiare la complessa procedura dell'analisi del DNA, tecnica di indagine finalizzata alla identificazione dell'autore del reato. La disciplina dell'indagine genetica ha trovato infatti riconoscimento legislativo solo più tardi, con la l. 30.6.2009 n.85 che ha introdotto l'art. 224-bis c.p.p.¹⁰².

¹⁰⁰ Cass., sez. III, 4 aprile 1997, in *Cass. pen.*, 1998, p.2413 sulla esecuzione coattiva di una perizia ematologica-genetica. Nei medesimi termini, Cass., sez. I, 14 febbraio 2002, in *Giur. it.*, 2003, p.534.

¹⁰¹ Legge 31 luglio del 2005 n. 155, in *Gazz. Uff.* n.177, del 1 agosto 2005. Non sono mancate peraltro critiche in dottrina, che ha evidenziato la lacunosità di tale legge. Il riformato art. 349 comma 2-bis c.p.p. infatti non veniva a specificare né quali fossero gli "altri accertamenti" che la P.G. avrebbe potuto compiere né tantomeno il procedimento, lasciando così margini di discrezionalità troppo ampi all'autorità giudiziaria, soprattutto considerata l'assenza di riferimenti al modo di refertazione e conservazione del materiale organico prelevato. G. Uberty, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. pen.*, 2008, p.8; R.E. Kistoris, *Prelievi biologici coattivi*, a cura di R.E. Kistoris e R. Orlandi, *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Torino, 2006, p.335. Quanto invece al prelievo di materiale biologico da cadavere o da cose e luoghi per i quali non vi sarebbe necessità di consenso dell'interessato, cfr. P. Felicioni, *La prova del DNA: profili giuridici*, in *Dir. pen. proc.*, *Dossier La prova scientifica nel processo penale*, a cura di P. Tonini, 2008, p.53. Sul punto in giurisprudenza, Cass., sez. I, 11 marzo 2003, in *DeG.*, 2003, n.34, p.98 e ss.; Cass. sez. II, 29 marzo 2007, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p.867 che ha ritenuto legittimo un sequestro di un indumento intimo finalizzato all'analisi del DNA.

¹⁰² Tale norma consente appunto il compimento di << atti idonei ad incidere sulla libertà personale >> e si riferisce sia al prelievo di capelli, peli o mucosa dal cavo orale allo scopo della

Poiché però l'introduzione nel processo penale di tale metodologia, basata sul prelievo di materiale biologico dall'indagato ai fini della comparazione con quello trovato sul luogo del reato poteva porre problemi di compatibilità con alcuni diritti fondamentali della persona costituzionalmente tutelati, quali il diritto alla libertà, alla salute, alla dignità ed alla riservatezza – come del resto rilevato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in una sua pronuncia del 2006 - ¹⁰³, la l. 30 giugno 2009 n.85 si è premurata di stabilire che la prova del DNA debba trovare la propria disciplina nell'ambito della consulenza tecnica disposta dal P.M. in fase di indagini e della perizia¹⁰⁴.

determinazione del profilo del DNA sia ad accertamenti medici. Sulla genericità di tale previsione G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge*, cit., p.83; Mjtia Gialuz, *L'accesso al corpo tramite strumenti diagnostici*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2014, p.299.

¹⁰³ Trattasi del caso Jalloh c. Germania (Grande camera, 11 luglio 2006, in *Cass. pen.*, 2006, p.3843). In quella pronuncia la Corte rilevò la violazione dell'art. 3 CEDU laddove gli accertamenti medici coattivi a cui era stato sottoposto l'indagato (somministrazione forzata di un emetico per l'espulsione dello stupefacente ingerito), pur da ritenersi non proibiti in generale, non potevano ammettersi allorché non fossero risultati "proporzionati" al fatto ed "indispensabili" per l'ottenimento della prova del reato. Sul tema, in generale, C. Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009, p.38 e ss.; P. Felicioni, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Milano, 2007, p.16; R.E. Kostoris, *Prelievi biologici coattivi*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris – R. Orlandi, Torino, 2006, p.330. Sulle caratteristiche che contraddistinguono, dal punto di vista genetico, la molecola del DNA; v. U. Ricci- C. Previderè-P. Fattorini – F. Corradi, *La prova del DNA per la ricerca della verità. Aspetti giuridici, biologici e probabilistici*, Milano, 2006, p.36 e ss.

¹⁰⁴ Legge 30 giugno 2009 n.85 in *Gazz. Uff.*, n. 160, del 13 luglio 2009, suppl. ord. n.108. P. Felicioni, *L'Italia aderisce al trattato di Prum: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in *Dir. proc. pen.*, 2009, *Dossier: Banca dati nazionale e prelievo di materiale biologico*, p.6. E' singolare peraltro che la disciplina prevista per il prelievo coattivo del DNA da effettuarsi appunto tramite perizia o accertamento tecnico possa invece non esser seguita nel caso il prelievo sia consensuale, nulla disponendo in merito la L. n.85 del 2009. La citata legge peraltro stabilisce anche che la perizia coattiva possa essere disposta solo in caso si proceda per delitto doloso o preterintenzionale per il quale la legge preveda la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni e negli altri casi espressamente previsti ed inoltre che l'accertamento coattivo da eseguirsi risulti

Quanto sopra proprio al fine di estendere il più possibile il diritto al contraddittorio nella formazione della prova (inteso sia come garanzia individuale sia come metodo di ricerca della verità), in modo che questo non venga limitato alla sola seconda fase dell'indagine, ovvero quella comparativa del campione biologico, ma sia anche esteso alla fase di acquisizione dello stesso. L'indagine sul DNA è infatti attività complessa che si sviluppa su più livelli: repertazione, analisi e comparazione.

Dal punto di vista giuridico la prima fase di rilievo del campione genetico nel corso del sopralluogo sulla scena del crimine si inquadra nell'attività urgente a cui la P.G. può procedere ex art. 354 c.p.p. La citata legge n. 85/2009 ha poi ulteriormente distinto il caso in cui il prelievo sia preordinato ai fini meramente identificativi del soggetto, ipotesi che porterebbe all'applicazione dell'art. 349 comma 2-bis c.p.p., dal caso in cui il prelievo abbia finalità investigative; così innovando la precedente disciplina disegnata sul rinvio, da parte dell'art. 354 comma 3 c.p.p., sempre all'art. 349 comma 2-bis c.p.p., che veniva ad autorizzare la P.G. al prelievo coattivo di materiale biologico sia dall'indiziato che da terzi, previa autorizzazione del P.M., anche al di là del perimetro segnato dalla finalità di identificazione del soggetto che non avesse prestato il consenso all'esame del DNA.

assolutamente indispensabile per la prova dei fatti. Quanto ai limiti l'art. 224-bis commi 4 e 5 c.p.p. dispone: " ..non possono in alcun caso essere disposte operazioni che contrastano con espressi divieti posti dalla legge o che possono mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve entità. Le operazioni peritali sono comunque eseguite nel rispetto della dignità e del pudore di chi vi è sottoposto. In ogni caso a parità di risultato sono prescelte le tecniche meno invasive." Saranno dunque invasivi, secondo la dottrina, tutti quegli accertamenti che richiedono l'introduzione di strumenti nel corpo dell'individuo (come per il prelievo ematico) mentre non lo saranno quelli che hanno ad oggetto il prelievo di campioni di parti esterne dell'individuo come peli, capelli, saliva. Quanto all'esame radiografico ed alla sua riconducibilità agli accertamenti invasivi S. Renzetti, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, in *Cass. pen.*, 2006, p.3562.

Attualmente invece la P.G. può raccogliere materiale biologico da cose e luoghi e su persona vivente, solo se vi sia il consenso¹⁰⁵. Il prelievo coattivo di materiale biologico su persona vivente è infatti ancora consentito alla P.G. solo ai fini identificativi dell'indagato come prevede l'art. 359-bis c.p.p. che rinvia all'art. 349 comma 2-bis c.p.p.

In generale, dunque, allorchè si tratti di prelievi da effettuarsi su persona vivente in via coattiva¹⁰⁶ troverà applicazione la disciplina dell'art. 359-bis c.p.p. laddove ci si trovi in fase di indagine (con conseguente necessità della preventiva autorizzazione del G.I.P. o della sua successiva convalida se il P.M. abbia agito di propria iniziativa in casi di urgenza), con possibilità per la parte di richiedere anche l'incidente probatorio ex art 392 comma 2 c.p.p., svincolato in questo caso dai presupposti ordinari di ammissibilità dell'istituto.¹⁰⁷

Nella fase successiva alle indagini preliminari invece troverà applicazione la disposizione di cui all'art. 224-bis c.p.p. e l'esame del DNA verrà effettuato nelle forme della perizia. Qualora poi gli accertamenti coattivi dovessero essere effettuati senza il rispetto delle disposizioni di cui alle citate norme

¹⁰⁵ In tema v. anche una recente sentenza della Suprema Corte di Cassazione che ha ritenuto pienamente utilizzabili come prova i campioni di DNA estratti all'insaputa dell'indagato, sempre che non vengano utilizzate modalità invasive; Cass., sez. II, 9 maggio 2014, in *Guid. dir.*, 2014, n.37, p.65 e ss. con nota di A. Cisterna.

¹⁰⁶ Tra di essi, in via non esaustiva, prelievo di capelli, di peli e di mucosa dal cavo orale. Sulla ampiezza della formula lessicale adottata dal legislatore, C. Gabrielli, <<Accertamenti medici>> dai confini troppo incerti, in *Guid. dir.*, 2009, n.30, p. 71. Nessuna disciplina specifica si rinviene nel caso il prelievo venga eseguito con il consenso del soggetto periziando. La dottrina ritiene che in tal caso questo sarebbe eseguibile, diversamente da quello disposto coattivamente, per tutti i reati a prescindere dalla loro gravità ed a prescindere dalla ricorrenza della condizione di assoluta indispensabilità per la prova dei fatti.

¹⁰⁷ V'è da dire però che se, in astratto, alla parte è riconosciuta la possibilità di chiedere al giudice di disporre una perizia ex art. 392 comma 2 c.p.p. a fronte di una consulenza predisposta dal p.m. ex art. 359-bis c.p.p., nessun rimedio è previsto nel caso di rigetto di tale richiesta. L'omessa assunzione di tale perizia in incidente probatorio non sembrerebbe rimediabile con il ricorso in Cassazione ex art. 606 comma 1 lett. d) c.p.p. che fa riferimento solo al diniego di prova contraria decisiva acquisibile in dibattimento.

359-bis c.p.p. e 224-bis c.p.p. gli esiti di tali attività non potranno che ritenersi processualmente inutilizzabili ex art. 191 c.p.p.¹⁰⁸ .

Volgendo infine lo sguardo verso l'orizzonte sovranazionale si segnala come la materia in esame trovi la sua fonte più importante nel Trattato di Prum del 2005 sulla cooperazione transfrontaliera, contenuto recepito dall'Unione europea con decisione 2008/615/GAI (che ha portato appunto l'Italia all'approvazione della citata l.85/2009) . Con riferimento in particolare al prelievo di materiale biologico dal corpo di un individuo l'art. 7 del Trattato ha sancito la mutua assistenza tra Stati membri, prescrivendo che, a seguito di specifica richiesta, l'A.G. dello Stato di esecuzione prelevi il materiale genetico del soggetto in questione a condizione che tale procedura *“sia consentita in base alla legislazione dell'autorità richiedente in un caso analogo”* e che il profilo del DNA così ottenuto e la sua stessa trasmissione siano *“consentiti in base alla legislazione dell'autorità richiesta”*.

¹⁰⁸ Per una riflessione sulle varie sanzioni processuali previste nel caso di violazione delle disposizioni contenute nelle citate norme v. G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le <<prove atipiche>> tra teoria e prassi*, cit., p.89 e ss.

Capitolo III°

La categoria delle prove atipiche nella prassi e nella giurisprudenza.

Sommario: 1. Legalità processuale *versus* atipicità creativa. – 2. Le videoriprese di immagini e comportamenti non comunicativi. – 3. La captazione atipica di comunicazioni: la registrazione di conversazioni ad opera di uno dei partecipi. 4. Il pedinamento satellitare – 5. Le ricognizioni non disciplinate dalla legge: il riconoscimento informale in udienza. – 6. Il riconoscimento fotografico, di cose e di voci. - 7. La prova dattiloscopica. - 8. Le investigazioni informatiche: perquisizioni *online*, acquisizione della prova digitale e sequestro di corrispondenza.

1. Legalità processuale versus atipicità creativa.

L'approccio anomalo al tema della prova atipica diffusosi negli ultimi anni nella prassi giudiziaria ed avallato dalla giurisprudenza rende necessario interrogarsi sul significato originale di "atipicità" e sulla sua dimensione spaziale. Tale indagine non può prescindere dall'analisi contestuale del principio di legalità processuale e con esso del canone di valutazione del libero convincimento, poiché tra loro intimamente correlati. Quest'ultimo infatti, nel suo corretto significato, non indica: *"il fenomeno psicologico di una coscienza che si autodetermina liberamente, piuttosto sta a denotare un fenomeno conoscitivo che si svolge libero da pre-giudizi legali e individuali, ma vincolato alle regole proprie della razionalità discorsiva: razionalità...che risponde a delle regole e le cui procedure siano suscettibili di controllo"*.¹⁰⁹ Ne deriva che una decisione basata su un giudizio libero abbia sempre, come substrato essenziale, dati conoscitivi ritualmente

¹⁰⁹ F.M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, p.65. Tale principio così interpretato si differenzia da quel modello di giudizio libero fondato sull'*intime conviction*, ovvero su valutazioni soggettive del giudice disancorate da alcun canone probatorio di riferimento. In tema v. il primo paragrafo del capitolo I.

acquisiti, ovvero acquisiti nel rispetto delle regole di esclusione probatoria previste *ex lege*¹¹⁰.

Il canone di legalità processuale, enucleato nell'art. 111 comma 1 Cost. e nell'art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo¹¹¹, si manifesta quindi attraverso l'osservanza di quella griglia di norme in tema di prova elaborate a garanzia dei diritti fondamentali del soggetto nei cui confronti si procede e della corretta ricostruzione e valutazione dei fatti.¹¹² Questo criterio di formazione

¹¹⁰ Tra cui per esempio l' art. 188 c.p.p.

¹¹¹ Per legalità processuale (principio simmetrico a quello previsto in ambito penale dall' art. 25 comma 2 Cost.) si intende *"il primato della legge nel momento del procedere"* rispetto a chi è chiamato ad applicarla. Cfr., N. Galantini, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, cit., p.1989. Tale principio incorpora in sé il criterio di *"tassatività-determinatezza"* da cui deriva la certezza della legge processuale penale, quale argine delle distorsioni applicative della procedura penale da parte del potere giudiziario. cfr., O. Mazza *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, cit.. Secondo quanto disposto dall'art. 111 comma 1 Cost.:*"La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge"*. Secondo l'art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo:*"Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata imparzialmente, pubblicamente e in un tempo ragionevole, da parte di un tribunale indipendente ed imparziale, costituito dalla legge...."*. Il principio di legalità processuale è stato definito *"principio generale di diritto"* anche dalla Corte eur. dir. uomo nella sentenza 22 giugno 2000 Coeme e altri c. Belgio.

¹¹² P.P. Rivello, *La prova scientifica*, cit., p.20 che precisa come: *"...i limiti posti dalle disposizioni processuali alle possibilità di pervenire alla ricostruzione dei fatti non rappresentano degli ostacoli volti ad impedire il raggiungimento di una teorica "piena verità", ma si traducono in uno strumento di garanzia degli individui coinvolti nel processo e, al contempo,...di tutela dell'osservanza delle regole epistemologiche poste a presidio dei dati conoscitivi così ottenibili"*. L'autore precisa anche che, nell'ambito di un sistema fondato appunto sul canone di legalità processuale, il processo sia finalizzato al raggiungimento della cd. *"verità giudiziale"*, ovvero di una conoscenza vincolata al rispetto delle regole procedurali e perciò meno *"pura"* della cd. verità materiale. Sul principio di legalità processuale, *ex multis*, N. Galantini, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, cit., p.1989; P. Ferrua, *Il giusto processo*, cit., p.40 e ss.; R. Casiraghi, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p.1768; F. Zacchè, voce *La prova atipica*, cit.; O. Mazza, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, cit.; E. Amodio, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p.310 e ss.

della prova, connaturale all'idea stessa di civiltà giuridica, è certamente l'ancora di salvataggio a cui aggrapparsi nell'esegesi normativa dell'art. 189 c.p.p. Infatti tale disposizione è essa stessa espressione del principio di legalità¹¹³, proprio perchè, circoscrivendo il suo ambito di applicazione alle ipotesi in cui sia richiesta una *"prova non disciplinata dalla legge"*, presuppone, ragionando a contrario, che, per le prove tipizzate, la conoscenza si debba compiere secondo le regole procedurali dettate dal sistema. Da questo fondamentale assioma discende l'inammissibilità di prove contrabbandate come atipiche, ma invece acquisite *contra legem*, ovvero in deroga ai divieti probatori fissati dal legislatore.

Le suesposte riflessioni consentono di giungere anche ad altra fondamentale conclusione. Poiché il principio di legalità processuale investe l'architettura complessiva del sistema, ne deve conseguire la possibilità di estendere le regole di acquisizione della prova che ne sono espressione all'intero procedimento penale, circostanza di non poco conto con riferimento al tema trattato. E' infatti nella fase delle indagini preliminari che si realizza, in via pressoché esclusiva, quella attività atipica d'indagine foriera di intensi contrasti tra dottrina e giurisprudenza; attività essenzialmente irripetibile e quindi di indubbia incidenza nel processo penale¹¹⁴.

Come si è già avuto modo di rilevare nel primo capitolo, sul punto si sono formati due orientamenti dottrinari nettamente differenti. A sostegno dell'impossibilità di estendere le norme sulla prova, previste nel Libro III del codice di procedura penale, alle fasi antecedenti al dibattimento, vi sono alcuni

¹¹³ M. Nobili, *Gli atti a contenuto probatorio nella fase delle indagini preliminari*, in *Crit. dir.*, 1991, n.2, p.10 che appunto afferma: "l'atipicità della prova sembra porsi, senza alcun paradosso, a presidio del principio di legalità probatoria"; N. Galantini, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, cit., p.1996.

¹¹⁴ Il principio di legalità deve infatti ritenersi canone di riferimento anche per le prove atipiche, poiché *"una prova atipica non potrebbe mai consistere in una attività vietata dalla legge"*. In questi termini, Cass., sez. un., 28 marzo 2006 in *Cass. pen.*, 2006, p.3937. Sul tema v. M.L. Di Bitonto, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2006, p.3958.

autori ¹¹⁵ fedeli ad un modello accusatorio autentico, in cui la prova si forgia solo nel contraddittorio tra le parti, assente nelle indagini. Al contrario altra dottrina¹¹⁶ ritiene possibile tale estensione poiché ne deriverebbe un rafforzamento delle garanzie poste a tutela dei diritti dell'indagato. Dall'opposta soluzione infatti discenderebbe l'inapplicabilità in fase di indagini dei divieti di cui agli artt. 188 e 189 c.p.p., oppure della condizione per cui i mezzi di ricerca della prova debbano essere idonei ad accertare l'ipotesi accusatoria; condizione senza la quale sarebbe consentito alle indagini preliminari di svilupparsi in un ambito del tutto indefinito.

Una soluzione intermedia ipotizza invece l'applicabilità anche alla fase delle indagini preliminari delle sole disposizioni generali sulla prova racchiuse nel titolo I del Libro III e quindi anche dell'art. 189 c.p.p..¹¹⁷

Questa conclusione pare confermata dall'art. 61 c.p.p., secondo cui i diritti e le garanzie dell'imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini. Le regole probatorie dettate dal sistema, proprio in quanto corollario del principio di legalità ed elaborate per garantire i diritti del soggetto sottoposto a procedimento penale, debbono quindi valere anche per i mezzi di ricerca della prova.

Con queste regole dovrà dunque confrontarsi l'interprete nell'individuazione della casistica dei mezzi di prova e dei mezzi di ricerca della prova realmente "atipici", sia che per questi ultimi il connotato di atipicità venga desunto dall'estensione della disciplina di cui all'art. 189 c.p.p., sia che venga ancorato ad un concetto allargato di atipicità, che caratterizza per natura le indagini preliminari ex artt. 55 e 348 c.p.p. Il criterio di legalità processuale, nel suo

¹¹⁵ G. Giostra, *Prove e contraddittorio. Note a margine di una garbata polemica*, in *Cass. pen.*, 2002, p.3288.

¹¹⁶ M. Nobili, *Il nuovo diritto delle prove e un rinnovato concetto di prova*, in *Leg. pen.*, 1989, cit., p.399; P.P. Rivello, *La prova scientifica*, cit., p. 24 e ss.; P. Ferrua, *Formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, cit., p. 60.

¹¹⁷ V. Grevi, *Prove*, cit., p.307. Tale soluzione si adatterebbe a quella definizione di prova come "qualunque esperimento gnoseologico volto alla verifica di un enunciato fattuale"; G. Ubertis, *Prova e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p.1182.

paradigma di determinatezza delle disposizioni processuali penali segnatamente quelle in tema di prova, è dunque la chiave di volta per arginare quelle prassi devianti che hanno portato la giurisprudenza ad interpretazioni creative della nozione di atipicità probatoria.¹¹⁸

¹¹⁸ N. Galantini, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, cit., p.1996 che precisa: “Ad una netta impostazione del sistema processuale sul principio di legalità probatoria, non smentito ma anzi rafforzato dal disposto che lascia margini operativi a prove non disciplinate dalla legge, si è contrapposto un approccio giudiziale tendente a ribaltarne i contenuti, così come testimonia la giurisprudenza in tema di prova atipica, in preoccupante assonanza interpretativa con la giurisprudenza attestatasi in relazione al codice abrogato”. In tema v. anche O. Mazza, *I diritti fondamentali dell’individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, cit.. che sottolinea come la Corte Costituzionale con sent. n. 21 del 2009 sia intervenuta sul principio di determinatezza in sede penale, affermando che << risponde a due fondamentali obiettivi: per un verso, quello di evitare che...il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l’illecito; e, per altro verso, quello di garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico- penali della propria condotta>>.

2. *Le videoriprese di immagini e comportamenti non comunicativi* .

L'inarrestabile evoluzione tecnologica con cui il sistema processuale penale deve oramai confrontarsi è ben testimoniata dall'intenso dibattito sviluppatosi in dottrina e giurisprudenza sugli strumenti di ripresa visiva, tanto con riferimento alla natura giuridica degli stessi, quanto con riguardo alla disciplina processuale applicabile.¹¹⁹ Si tratta infatti di materia estremamente delicata, poiché incide su interessi confliggenti, tutelati a livello costituzionale, quali il dovere di accertare e reprimere gli illeciti (art.112 Cost.) da una parte, e il diritto alla riservatezza dell'individuo dall'altra (art. 14 Cost.). Né di certo aiuta il fatto che nessuna previsione sull'impiego delle videoriprese come autonomo atto di indagine sia stata codificata dal legislatore, premuratosi di disciplinare tale attività solamente quale modalità ausiliaria di documentazione di atti processuali ex art. 134 comma 4 c.p.p., come nel caso di videoregistrazione di un interrogatorio o di una attività di ispezione o perquisizione.¹²⁰

Tale ultima previsione è infatti radicalmente diversa rispetto alla più complessa questione sulla qualificazione sistematica degli esiti delle videoriprese di immagini captate dalla polizia giudiziaria nell'ambito

¹¹⁹ Sul tema, *ex multis*, C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, p.159; G. Borrelli, *Riprese visive filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2001, p.2446 e ss.; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p.142 e ss.; L. Filippi, *Intercettazione*, in P. Ferrua – E. Marzaduri – G. Spangher (a cura di), *La prova penale*, cit., p.844 e ss.; N. Triggiani, *Le videoriprese investigative*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2014, p. 141 e ss.; S. Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in corso di pubblicazione su *Cassazione penale*, 2015, n.2.

¹²⁰ Cass., sez. un. 28 luglio 2006, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p.1347 e ss. In questo caso l'attività di videoripresa viene ricondotta alla nozione di documento e laddove inerente attività di indagine irripetibile, entrerà nel fascicolo del dibattimento, unitamente al verbale delle operazioni compiute. G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p.142.

dell'attività di investigazione che le è propria.¹²¹ Per comprendere la deriva interpretativa in cui è incorsa la giurisprudenza su questo particolare tema è opportuno volgere per un attimo lo sguardo al passato.

Durante la vigenza del codice Rocco l'art. 226-*quinquies* c.p.p. abr. vietava espressamente le riprese visive effettuate nel domicilio e volte all'acquisizione di notizie ed immagini attinenti alla vita privata del soggetto (art. 615-*bis* c.p.)¹²². Proprio la mancata riproduzione nel vigente codice di procedura penale d'una siffatta previsione, unitamente alla regolamentata possibilità di effettuare intercettazioni di comunicazioni anche nel domicilio ex art. 266 c.p.p., ha indotto la giurisprudenza ad esprimersi in via generale in senso

¹²¹ Esulano dalla problematica in esame eventuali videoriprese effettuate da soggetti privati in luoghi pubblici, aperti al pubblico e persino privati prima o comunque a prescindere dall'eventuale procedimento penale già in corso che trovano la loro caratterizzazione sistematica nella prova documentale ex art. 234 c.p.p. Come per esempio nel caso degli apparati di videosorveglianza installati presso banche, uffici pubblici, aeroporti, ospedali. Ciò naturalmente vale sia allorchè tali riprese siano state svolte in maniera palese, sia allorchè l'attività di videoregistrazione sia stata occultata, il discrimine essendo meramente il fatto che tale attività non venga realizzata dalla polizia giudiziaria o anche solo con l'ausilio tecnico di questa e che quindi non sia riconducibile per il tempo, il modo ed i soggetti che ne abbiano preso parte ad una vera e propria attività di indagine. G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p. 142; A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., p.222; M. De Angelis, *La videosorveglianza ed il teleallarme: le nuove frontiere dell'attività di vigilanza*, in *Riv. polizia*, 2002, p.409; L. Filippi, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, I,p.94. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., sez. V, 13 aprile 1999, in *Cass. pen.*, 2000, p.409; Cass., sez. II, 31 gennaio 2013, in *Proc. pen. giust.*, 2013, n.4, p.72 inerente le videoregistrazioni dell'impianto di sorveglianza istallato dalla p.o. all'esterno del negozio.

¹²² La norma punisce la condotta di chi: " ..mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'art. 614 c.p."

favorevole alla legittimità dello svolgimento occulto di videoriprese da parte della polizia giudiziaria quale autonomo atto di indagine¹²³.

Più nello specifico, in uno dei suoi primi interventi sul tema, la Suprema Corte di Cassazione ¹²⁴ venne a distinguere tra riprese visive di comportamenti definibili “comunicativi”¹²⁵, riconducendoli al *genus* delle intercettazioni e come tali subordinandone l'utilizzabilità al rispetto delle previsioni dettate dagli art. 266 e ss. c.p.p. ¹²⁶, da quelli “non comunicativi”, ritenuti tali in quanto non trasmissivi di un pensiero o aventi ad oggetto solo la riproduzione di immagini. Quest'ultima tipologia di attività investigativa atipica¹²⁷ doveva

¹²³ Sul tema, fra i tanti, A. Cisterna, *I filmati nel privè di un locale pubblico possono rientrare tra le prove atipiche*, in *Guida dir.*, 2006, n.33, p.71; A. Camon, *Le Sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni nuovi dubbi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p.1551.

¹²⁴ Cass., sez. VI, 10 novembre 1997, in *Cass. pen.*, 1999, p.1188.

¹²⁵ Con ciò intendendosi tutti quegli atteggiamenti trasmissivi di un messaggio sia orale che gestuale. Esempi di comportamenti non comunicativi potrebbero essere invece lo spacciatore intento a preparare la sostanza stupefacente o il terrorista intento a predisporre l'ordigno. La distinzione appare peraltro difficile poiché la dottrina fa rientrare nei comportamenti comunicativi “*tutti quei comportamenti finalizzati a trasmettere ad altre persone un contenuto di pensiero con le parole, i simboli grafici, i gesti, le espressioni fisiognomiche e qualunque altro atteggiamento umano idoneo a comunicare e finalizzato a farlo...*” cfr. G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge*, cit., p.158 che evidenzia la labilità d'una tale distinzione che, oltre a svuotare di contenuto la categoria di comportamenti “non comunicativi” porterebbe ad escludere da quelli comunicativi quei gesti e quelle parole che seppur non rivolte ad alcuno, come nel caso di soliloquio siano trasmissive di un pensiero. Nei medesimi termini O. Mazza, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, cit.; A. Cisterna, *I filmati nel privè di un locale pubblico possono rientrare tra le prove atipiche*, cit., p.66; F. Caprioli, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione “per immagini”*, in *Giur. cost.*, 2002, p.2198; C. Marinelli, *Le intercettazioni di immagini tra questioni interpretative e limiti costituzionali*, cit., p.1267.

¹²⁶ con l'ulteriore requisito consistente nel fondato motivo che nel luogo di privata dimora si stia svolgendo l'attività criminosa.

¹²⁷ Attività ritenuta atipica perché non assimilabile né alle ispezioni, né alle perquisizioni, né ai sequestri e tanto meno alle intercettazioni, come si preciserà *infra*. Per una attenta disamina delle varie differenze tra le videoregistrazioni domiciliari e i citati mezzi di ricerca della prova; cfr. C. Marinelli, *Le videoriprese investigative al vaglio delle sezioni unite: i limiti di impiego negli*

invece ritenersi non ammissibile ed i suoi esiti inutilizzabili in quanto effettuata in violazione dell'art. 14 Cost.. Nel suo percorso argomentativo la Suprema Corte di Cassazione precisava infatti che: “ *..anche laddove si volesse accedere ad una interpretazione elastica ed evolutiva del disposto di cui all'art. 14 Cost. e considerare, ad esempio, il mezzo de quo come una sorta di ispezione occulta mediante strumentazione tecnica, resterebbe, in mancanza di qualunque specifica regolamentazione legislativa in materia, lo sbarramento della doppia riserva assoluta di legge e di giurisdizione*”.¹²⁸ Secondo tale sentenza quindi l'esclusione delle videoregistrazioni di comportamenti non comunicativi in luoghi domiciliari doveva ritenersi insuperabile in ragione della non possibile riconduzione di tale mezzo di indagine ad alcuno degli istituti contemplati dall'art. 14 Cost. Era quindi preclusa in radice la videoregistrazione nei luoghi di privata dimora che non fosse funzionale alla intercettazione di comunicazioni non verbali tra presenti.

A distanza di poco tempo, peraltro, il supremo consesso tornava sul tema esprimendo un diverso orientamento.¹²⁹ Le videoregistrazioni di conversazioni non comunicative in ambito domiciliare sarebbero state inammissibili solo se effettuate senza il rispetto delle medesime garanzie dettate dall'art. 14 Cost. per le ispezioni, le perquisizioni ed i sequestri (elencazione da considerarsi non tassativa), ovvero senza un provvedimento autorizzativo del pubblico ministero. Rispettata questa condizione, quindi, i nastri inerenti la registrazione così compiuta, inquadrabili come attività atipica di indagine ex art. 189 c.p.p., avrebbero potuto trovare ingresso nel procedimento penale quale prova documentale ex art. 234 c.p.p., in quanto attività per natura

spazi riservati di natura extradomiliare, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, p.1574; id., Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova, cit., p. 205 e ss. L. Cricrì, Sulla natura delle captazioni visive di condotte << non comunicative>>, in Cass. pen., 2006, p.583; A. Camon, Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, p.1556.

¹²⁸ Cass., sez. VI, 10 novembre 1997, cit., p.1188 e ss.

¹²⁹ Cass., sez. IV, 16 marzo 2000, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p.87 e ss. Conf., Cass., sez. III, 3 dicembre 2001, in *C.E.D. Cass.*, n.220261.

irripetibile. Tale interpretazione normativa ha sollevato le comprensibili critiche della dottrina, contraria anzitutto all'assimilazione dell'atto di videoripresa di comportamenti non comunicativi alla categoria dei documenti¹³⁰, i quali ultimi avrebbero la caratteristica d'esser formati prima o comunque al di fuori del procedimento penale, diversamente dalle videoriprese, che si atteggiavano a veri e propri atti di investigazione. Senza considerare, si dice, che, secondo tale ultima impostazione, gli esiti di questa attività atipica di investigazione non supererebbero il vaglio delle condizioni preliminari richieste dall'art. 189 c.p.p. poiché attività da ritenersi lesiva della libertà morale del soggetto sottopostovi.¹³¹

Parimenti inadeguata per tale dottrina anche la soluzione proposta circa la sufficienza, per l'uso di questo strumento probatorio atipico, del decreto autorizzativo del p.m., in ragione della espressa necessità, sancita dall'art. 14 Cost. che vengano disciplinati *"i casi e i modi"* in cui possano ammettersi condotte incidenti sull'inviolabilità del domicilio¹³².

Le incertezze sul tema hanno portato, come noto, all'intervento della Corte Costituzionale. La Consulta nella sentenza n. 135/2002¹³³ ha dunque affermato

¹³⁰ L. Filippi, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, cit., p.98. A. Cisterna, *I filmati nel privé di un locale pubblico possono rientrare tra le prove atipiche*, cit., p.71; A. Camon, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi*, cit., p.1551; C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.181.

¹³¹ L. Filippi, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, cit., p.98. Contrario a questo rilievo è L. Cricrì, *Sulla natura delle captazioni visive di condotte "non comunicative"*, cit., p. 584, che evidenzia come tale profilo di incompatibilità non sussisterebbe in ragione del fatto che la capacità di autodeterminazione del soggetto non verrebbe intaccata da indebite interferenze.

¹³² A. Camon, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove incostituzionali*, cit., p.1205; L. Cricrì, *Sulla natura delle captazioni visive di condotte "non comunicative"*, cit., p. 586.

¹³³ Corte cost. 24 aprile 2002 n.135, in *Giur. cost.*, 2002, p.2176 e ss. Si tratta di videoriprese effettuate all'interno di un locale notturno, captanti l'attività illecita di sfruttamento della prostituzione. Con questa decisione è stata rigettata l'eccezione di incostituzionalità degli artt.

come le videoriprese non siano vietate in assoluto, solo perché non espressamente inserite nel catalogo dell'art. 14 della Costituzione, dovendosi interpretare il rinvio effettuato da tale norma alle ispezioni, perquisizioni e sequestri come elencazione non costituente un *numerus clausus*. In questo senso leggesi nella motivazione che: "...gli atti elencati nell'art. 14 Cost. si limitano ad esaurire le forme di limitazione della inviolabilità del domicilio storicamente radicate e positivamente disciplinate all'epoca della redazione della Carta fondamentale, non potendo evidentemente il Costituente tener conto di forme di intrusione divenute attuali solo per effetto dei progressi tecnici successivi".¹³⁴

Proprio attraverso questo varco ermeneutico, la Consulta si è pronunciata in senso favorevole all'ammissibilità delle videoregistrazioni come prova, richiamando gli interventi precedenti della giurisprudenza ed in particolare la distinzione tra videoriprese in ambito domiciliare aventi ad oggetto atti

189, 266 e 271 c.p.p. sollevata dal G.i.p. (che aveva disposto l'intercettazione delle comunicazioni tra presenti all'interno del locale) per preteso contrasto con gli artt. 3 e 14 Cost. in ragione della mancata estensione anche alle videoriprese effettuate in luoghi di privata dimora delle disposizioni previste per le intercettazioni di comunicazioni tra presenti svolte in tali luoghi. Sul tema, cfr. A. Pace, *Le videoregistrazioni ambientali tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2002, p.1073.

¹³⁴ Corte cost. 24 aprile 2002 n.135, cit. ,p.2176 e ss. Nei medesimi termini, in dottrina, L. Cricri, *Sulla natura delle captazioni visive*, cit., p.583; C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., p.203; id., *Le videoriprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le sezioni unite elaborano la categoria dei "luoghi riservati"*, cit., p.1355. A sostegno di questa conclusione tali autori sottolineano come, diversamente, si potrebbero creare problemi di raccordo sistematico con altri diritti fondamentali come l'art. 13 della Cost. che consente l'apertura del catalogo dei mezzi di restrizione della libertà personale attraverso la locuzione :*"...qualsiasi altra restrizione della libertà personale..."*. Oltretutto il domicilio sembrerebbe godere di una tutela minore rispetto ad altri diritti di libertà poiché il legislatore ne ha consentito la compressione anche per ragioni indeterminate come : *"....fini economici e fiscali"*. Di segno opposto, sulla tassatività del catalogo delle limitazioni previste dall'art. 14 comma 2 Cost., F.S. Marini, *La costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà sotto-ordinata?*, in *Giur. cost.*, p.1076; A. Pace, *Le videoregistrazioni ambientali tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, cit., p.1073. Sul tema v. anche G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p.149.

comunicativi¹³⁵ e videoriprese aventi ad oggetto solo immagini, ricondotte alle ipotesi di cui all'art. 189 c.p.p., ma da ritenersi comunque inammissibili poiché non espressamente disciplinate dal legislatore.¹³⁶

Le difficoltà ermeneutiche sorte in merito hanno infine indotto l'intervento delle sezioni unite della Corte di Cassazione¹³⁷ che, ribadendo l'applicabilità della disciplina delle intercettazioni ambientali nel caso di captazione occulta di comportamenti comunicativi nei luoghi di privata dimora, hanno poi distinto quella applicabile alle videoregistrazioni di comportamenti non

¹³⁵ Riconducibili alla disciplina delle intercettazioni ambientali in luoghi di privata dimora, poiché secondo la Consulta questa attività sarebbe: *".. una forma di intercettazione di comunicazioni tra presenti, che si differenzia da quella operata tramite gli apparati di captazione sonora solo in rapporto allo strumento tecnico utilizzato"*; Corte cost. 24 aprile 2002 n.135, cit. ,p.2176 e ss. Tale soluzione sposterebbe il parametro costituzionale di riferimento dall'art. 14 Cost. all'art. 15 Cost., con conseguente venir meno del vuoto normativo segnalato, in ragione dell'applicazione appunto della disciplina in tema di intercettazioni ambientali. Cfr., A. Cisterna, *I filmati nel privè di un locale pubblico possono rientrare tra le prove atipiche*, cit., p.62.

¹³⁶ La problematica si incentra come evidente sul mancato richiamo da parte del codice di rito alla riserva di legge prevista dall'art. 14 comma 2 Cost. La Corte costituzionale nella citata sentenza ha affermato infatti come: *" l'ipotesi che non abbia carattere di intercettazione di comunicazioni potrebbe essere disciplinata soltanto dal legislatore, nel rispetto delle garanzie costituzionali dell'art. 14 Cost."*, così peraltro sottintendendo, pur senza esplicitarlo, l'inammissibilità delle riprese video domiciliari di comportamenti non comunicativi. Sul tema v. anche A.M. Capitta, *Captazioni audiovisive eseguite nel bagno di un locale pubblico*, in *Cass. pen.*, 2005, p.2666; A. Camon, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi*,cit., p. 1553.

¹³⁷ Cass., sez. un. 28 luglio 2006, in *Dir. pen. proc.*, 2006, cit, p.1347 e ss. In dottrina; C. Conti, *Le video riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi "riservati"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p.1358; M. L. Di Bitonto, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2006, p.3950. Prima di tale intervento si era formato un orientamento volto ad interpretare la nozione di domicilio in senso restrittivo, ricomprendendo solo l'abitazione e i luoghi affini, ciò proprio al fine di allargare il raggio di utilizzabilità delle video riprese di comportamenti non comunicativi svolte dalla P.G., come nel caso di privè di locali pubblici o toilettes; Cass, sez. VI, 10 gennaio 2003, in *Cass. pen.*, 2004 in tema di bagno di un locale pubblico; Cass., sez.V, 7 maggio 2004, in *Guida dir.*, 2004 con riferimento ai corridoi di un garage condominiale.

comunicativi in base al luogo, pubblico, aperto al pubblico¹³⁸ o privato, in cui tale attività verrebbe a realizzarsi. ¹³⁹ In questa *summa divisio* certamente consentita, senza necessità di alcun atto autorizzativo dell'A.G., è stata ritenuta la videoregistrazione effettuata in luoghi pubblici, poiché non vi sarebbe alcuna possibile lesione del diritto alla riservatezza tutelato ex art. 14

¹³⁸ I luoghi pubblici sono quelli che consentono l'accesso ad un numero indeterminato di persone tendenzialmente in via assoluta (strade, piazze etc.). Invece nei luoghi aperti al pubblico l'accessibilità, pur consentita in generale alla collettività, è soggetta a limitazioni temporali o a condizioni. (esercizi pubblici, scuole, cinema etc.). Sul punto, v. Cass., sez. VI, 15 giugno 2012, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p.1506 inerente videoriprese effettuate in un'aula scolastica e ancora Cass., sez. VI, 4 giugno 2013, in *Studium iuris*, 2013, p.1293, relativo all'area riservata all'ingresso dei dipendenti di un ufficio postale ove vi sia l'orologio marcatempo. Da notare come esista un'altra categoria, definibile "luoghi esposti al pubblico" che si caratterizza per la sua visibilità da parte di un numero indeterminato di persone, pur potendosi trattare di uno spazio privato non accessibile in via generale alla collettività (balcone, autovettura in sosta); cfr., C. Marinelli, *Le videoriprese investigative in luoghi esposti al pubblico: verso la progressiva emersione dei criteri di qualificazione degli ambiti spaziali soggetti alle operazioni*, in *Cass. pen.*, 2007, p.4648.

¹³⁹ Il dibattito si è sviluppato sostanzialmente intorno all'individuazione della nozione di domicilio. Secondo infatti Autorevole dottrina per domicilio doveva intendersi: "*qualunque luogo di cui si disponga a titolo privato, anche se non si tratta di privata dimora*", definizione che verrebbe a comprendere anche i luoghi che pur non essendo riconducibili al concetto di privata dimora risultino non aperti al pubblico, come per esempio i terreni o i fondi. Tale interpretazione era tesa a sostenere la non assimilabilità della nozione di domicilio di cui all'art. 14 Cost. a quella recepita dall'art. 614 c.p.p., in ragione della maggior ampiezza della prima giustificata sulla base di un canone interpretativo basato sulla gerarchia delle fonti. In merito v. Cass., 23 giugno 1954, in *Riv. pen.*, 1953, II, p. 1031. Di segno opposto, altri autori protesi ad assimilare la nozione di domicilio accolta dalla Costituzione con quella penale. Per la prima tesi; cfr. L. Cricrì, *Sulla natura delle captazioni visive di condotte << non comunicative>>*, cit., p.571; G. Amato, *sub. art. 14*, in G. Branca, *Commentario alla Costituzione*, 1977, p.57 e ss. Per la seconda tesi, P. Barile – E. Cheli, voce *Domicilio* (libertà di), in *Enc. Dir.*, 1964, p.862, secondo cui il domicilio indicherebbe solo i luoghi di privata dimora e le relative appartenenze.

Cost. ¹⁴⁰ Gli esiti di tale attività sarebbero riconducibili all'ipotesi di cui all'art. 189 c.p.p.

Quanto invece alle video riprese di comportamenti non comunicativi svolte in luoghi non pubblici la Suprema Corte di Cassazione ha ulteriormente elaborato due categorie distinte. Vengono in rilievo anzitutto i luoghi che identificano il domicilio del soggetto, con riferimento ai quali le videoriprese di sole immagini devono ritenersi del tutto vietate ex art. 14 Cost. a pena di inutilizzabilità, poiché prive di una specifica regolamentazione: " ...certo è che se il sistema processuale deve avere una sua coerenza risulta difficile accettare l'idea che una violazione del domicilio che la legge processuale non prevede (e che per questa ragione risulta in contrasto con il contenuto precettivo dell'art. 14 Cost.) possa legittimare la produzione di materiale probatorio" ¹⁴¹. Diversamente laddove la

¹⁴⁰ Ex multis, Cass. sez. IV, 16 marzo 2000, in *Dir. proc. pen.*, 2001, p.89

¹⁴¹ Cass., sez. un., 28 marzo 2006, cit., p. 3942. La Suprema Corte inoltre evidenzia come il tema dell'inutilizzabilità riguarderebbe solo le prove tipiche, poiché le prove atipiche prima d'essere ammesse non sono prove: " perciò se sorge questione sulla legittimità delle attività compiute per acquisire i materiali probatori che le sorreggono ci si deve interrogare innanzitutto sulla loro ammissibilità piuttosto che sulla loro utilizzabilità..". Negli stessi termini, Corte cost., 16 maggio 2008, n.149 in *Dir. pen. proc.*, 2008, p.957. Sul tema, G. Borrelli, *Riprese filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali*, cit., p. 2447; A. Camon, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove incostituzionali*, cit., p.1199; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*. cit., p. 152. L'autore evidenzia poi come l'impossibilità pratica di selezionare ex ante, ovvero al momento della realizzazione delle videoriprese, i comportamenti comunicativi da quelli non comunicativi dovrebbe rendere applicabile la disciplina di cui all'art. 271 comma 3 c.p.p. anche per le videoriprese di comportamenti non comunicativi anche se ciò non inciderebbe sulla lesione della libertà domiciliare già verificatasi. Per la verità tale conseguenza non pare concretamente ricorrente. Il sacrificio della libertà domiciliare sarebbe infatti consentito in ragione delle videoriprese di condotte comunicative effettuate contestualmente alle altre. Quanto all'attività di investigazione difensiva atipica attuata attraverso le videoriprese, la dottrina ammette tale possibilità, attraverso una lettura non tassativa dell'art. 327-bis c.p.p. che, pur richiamando espressamente il titolo VI-bis del codice, consentirebbe lo svolgimento anche di attività atipica di investigazione, quale espressione del diritto di difendersi provando, ciò sempre che le video riprese vengano svolte in luoghi pubblici o aperti al pubblico. Nei luoghi privati invece tale

videoripresa sia stata effettuata in luoghi non pubblici ma non assimilabili al domicilio, categoria definita dei “luoghi riservati”¹⁴² tale attività, che rientrerebbe nella disciplina di cui all’art. 189 c.p.p., sarebbe utilizzabile se realizzata quantomeno sulla base di un provvedimento autorizzativo dell’autorità giudiziaria.¹⁴³

Evidente il cammino di lenta erosione dei confini di tutela dei diritti fondamentali dell’individuo oramai intrapreso dalla giurisprudenza, creativa di una prova atipica che si regge sull’aberrante manipolazione in senso

possibilità è esclusa, a meno che vi sia il consenso della persona interessata. C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.171; P. Ventura, *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, Milano, 2005, p. 109 e ss.; A. Camon, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni nuovi dubbi*, cit., p.1556.

¹⁴² Secondo la sentenza delle sezioni unite riservati sarebbero quei luoghi dove lo svolgimento della vita privata sia solo temporaneo, diversamente dal domicilio che richiederebbe un rapporto tra la persona e un luogo, generalmente chiuso, in cui si svolge la vita privata, in modo da sottrarre chi lo occupa dalle ingerenze esterne e da garantirgli riservatezza anche quando la persona che ne ha la titolarità è assente. Critico nei confronti di tale sentenza, G. De Falco, *Sulle videoriprese più ombre che luci: non basta il dictum delle sezioni unite*, in *Dir. gius.*, 2006, p.71, che contesta la differenziazione in termini temporali quantitativi delle categorie di domicilio e di luogo riservato. L’A. precisa infatti come non sia possibile: “...assumere la forza dell’attività intrusiva necessaria per vincere lo *ius excludendi alios* per determinare se un luogo sia di privata dimora o meno, ciò anche perché una analisi di tale natura introdurrebbe dei margini di incertezza nell’interpretazione normativa in assoluto contrasto con la funzione nomofilattica propria del giudizio di legittimità”. Sul tema, *ex multis*, C. Marinelli, *Le videoriprese investigative al vaglio delle Sezioni Unite: i limiti di impiego negli spazi riservati di natura extradomiciliare*, cit., p.1579; C. Conti, *Le videoriprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi “riservati”*, cit., p.1357; O. Mazza, *I diritti fondamentali dell’individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, cit., il quale evidenzia che, ragionando nei termini proposti dalla Corte, ne dovrebbe derivare una minore aspettativa di riservatezza nei luoghi cd. riservati ed il riferimento costituzionale passerebbe dall’art. 14 Cost. all’art. 2 Cost.

¹⁴³ Cass., sez. III, 19 ottobre 2010, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p.1429 e ss. Si pensi per es. al caso di un privé all’interno di un locale pubblico o di uno studio professionale. Parimenti non sono considerati luoghi di privata dimora i servizi riservati ai dipendenti di un ufficio postale. Cass., sez. VI, 28 settembre 2010, in *Cass. pen.*, 2011, p.3512.

regressivo del concetto di domicilio in favore di una nuova categoria “ i luoghi riservati”. Notevole, in questo senso, l’ulteriore intervento della Consulta secondo cui, per l’operatività dell’art. 14 Cost., non basterebbe che un certo comportamento venga tenuto in luoghi di privata dimora, essendo necessario anche che esso avvenga in condizioni tali da renderlo tendenzialmente non visibile a terzi.¹⁴⁴

Alcuni brevi cenni merita infine il percorso interpretativo che ha portato al riconoscimento a questa tipologia di strumento investigativo del carattere di atipicità di cui all’art. 189 c.p.p. in ragione delle varie soluzioni proposte nel tentativo di riconduzione dello stesso in alcuno degli strumenti nominati.

Secondo un risalente indirizzo giurisprudenziale¹⁴⁵ le videoriprese svolte in luoghi pubblici o esposti al pubblico avrebbero dovuto infatti inquadrarsi nella categoria delle prove documentali ex art. 234 c.p.p., conclusione giustificata dal fatto che in detta previsione è definito documento tutto ciò che rappresenta: “ *fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo*”. Questa qualificazione peraltro veniva a scontrarsi con la distinzione tra atti d’indagine e documenti rimarcata nella Relazione al progetto preliminare del codice del 1988, ove è ben precisato che per documento debbano intendersi solo le prove formatesi al di fuori del procedimento. Tale distinzione ha portato pertanto ad abbandonare il suddetto orientamento volto all’equiparazione delle video riprese alla

¹⁴⁴ Corte cost., 16 maggio 2008 n.149, cit., p.957 che ha distinto ulteriormente il caso in cui la videoripresa abbia captato una azione che, pur svolgendosi nel domicilio, possa essere liberamente ripresa circostanza per cui troverebbe applicazione la disciplina delle riprese in luogo pubblico o esposto al pubblico. In questo caso infatti non potrebbe invocarsi la tutela dell’art. 14 Cost., riservata solo a quei comportamenti tenuti in luoghi di privata dimora in condizioni tali da salvaguardarne la riservatezza. G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p.155.

¹⁴⁵ Cass., sez. III, 15 giugno 1999, in *Giust. pen.*, 2000, p.2676; Cass., sez. VI, 8 aprile 1999, in *Cass. pen.*, 2000, p.1323; Cass., sez. V, 25 marzo 1997, in *Giust. pen.*, 1998, c.313.

categoria dei documenti, in quanto atti d'indagine formati non al di fuori ma nell'ambito di un procedimento penale.¹⁴⁶

Parimenti è stata esclusa¹⁴⁷ la riconduzione delle videoriprese nella categoria delle ispezioni, ipotizzata attraverso il richiamo all'art. 244 comma 2 c.p.p. laddove prevede che l'A.G. possa disporre oltre a rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici anche “ogni altra operazione tecnica”.¹⁴⁸

A non difformi conclusioni si è giunti con riferimento alla assimilazione di questa tipologia di strumenti investigativi ai rilievi previsti ex art. 354 c.p.p.¹⁴⁹ In merito è stato infatti sottolineato da Autorevole dottrina¹⁵⁰ come da una siffatta assimilazione deriverebbero conseguenze processuali inaccettabili in ragione della necessità che venga dato avviso alla persona sottoposta ad indagini del compimento d'urgenza di accertamenti e rilievi su cose, luoghi o persone (artt. 354 comma 3, 356 c.p.p. e art. 114 disp. att. c.p.p.). Senza considerare la diversa finalità dei rilievi, volti alla conservazione delle tracce

¹⁴⁶ L. Filippi, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, cit. p.89; A. Camon, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni nuovi dubbi*, cit., p.1555; L. Cricrì, *Sulla natura delle captazioni visive di condotte non comunicative*, cit., p.574 e ss. Solamente infatti le videoriprese effettuate da privati assumono la qualifica di documento.

¹⁴⁷ C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.205; G. Borrelli, *Riprese visive filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali*, cit., p.2442; A. Camon, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove “incostituzionali”*, cit., p.1193. Evidenti le differenze tra i due atti. Mentre invero le ispezioni sono atti palesi volti, attraverso una indagine retrospettiva, alla ricerca delle tracce del reato, le video riprese si caratterizzano per l'attività occulta e per la contemporaneità tra la captazione dell'immagine ed il comportamento oggetto di osservazione. Le videoregistrazioni non sarebbero assimilabili nemmeno alle perquisizioni poiché, pur essendo atti a sorpresa, hanno carattere palese ed oggetto differente, ovvero la ricerca del corpo del reato.

¹⁴⁸ Cass., sez VI, 2 agosto 2000, in *C.E.D. Cass.*, n.220746; Cass., sez. II, 12 giugno 1997, in *C.E.D. Cass.*, n.208076.

¹⁴⁹ A. Camon, *Le riprese visive come mezzo di indagine : spunti per una riflessione sulle prove “incostituzionali”*, cit., p. 1195.

¹⁵⁰ G. Borrelli, *Riprese visive filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali*, cit., p.2443.

del reato. In ragione delle suesposte considerazioni le videoriprese dovrebbero quindi ricondursi alla disciplina di cui all'art. 189 c.p.p.¹⁵¹ In tema però permangono i dubbi espressi da alcuna dottrina in ragione sia del fatto che tale norma si riferirebbe solo alle prove costituenti e non a quelle precostituite, incompatibili con il contraddittorio preventivo invocato da tale previsione¹⁵²,

¹⁵¹ Sul punto, in giurisprudenza, Corte cost., 4 dicembre 2009, n.320, in *Giur. cost.*, 2009, p.4822; Corte cost., 16 maggio 2008 n.149, cit., p.957; Cass., sez. un., Cass., 28 luglio 2006, cit., p.1358; Cass., sez. VI, 10 novembre 2011, in *C.E.D. Cass.*, n.251563; Cass., sez.VI, 28 settembre 2010, in *C.E.D. Cass.*, n.248601. A tale disciplina sembrerebbe doversi ricondurre anche il caso dell'agente segreto attrezzato per le captazioni visive, in quanto certamente mezzo di ricerca della prova atipico. Sul punto, C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 219.

¹⁵² N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p.213; L. Filippi, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, cit., p.89. La dottrina è in ogni caso orientata in via prevalente a far rientrare le videoriprese nell'ambito della prova atipica, cfr., F. Caprioli, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione "per immagini"*, cit., p.2187; A. Camon, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove <<incostituzionali>>*, cit., p.1195; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge*, cit., p.153. Sul tema v. anche E. Amodio, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p.7; C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.211. Con riguardo in particolare alla problematica inerente la compatibilità del contraddittorio richiesto ex art. 189 c.p.p. con i mezzi atipici di ricerca della prova, l'obiezione viene superata dalla Suprema Corte a sezioni unite attraverso il richiamo alla tripartizione tra "mezzo di ricerca della prova" (costituito dalla ripresa visiva), "fonte di prova" rappresentato dal supporto magnetico e "mezzo di prova" inteso come strumento tramite il quale acquisire il contenuto rappresentativo del supporto magnetico. La Suprema Corte ha infatti chiarito come il contraddittorio previsto ex art. 189 c.p.p.: "non riguarda la ricerca della prova, ma la sua assunzione e interviene dunque solo nel momento in cui il giudice è chiamato a decidere sull'ammissione della prova". Pertanto il contraddittorio non avrebbe ad oggetto lo svolgimento in se della videoripresa, quanto l'ammissione in dibattimento dei risultati di questa. Ne deriva che il supporto magnetico inerente la videoregistrazione potrà essere inserito, unitamente al verbale, nel fascicolo del dibattimento ex art. 431 lett. b) c.p.p. in quanto documentazione di attività irripetibile. Cass., sez. un., 28 luglio 2006, cit., p.1349-1350. *Contra*, G. Borrelli, *Riprese filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali*, cit., p.2446, secondo cui nel fascicolo del dibattimento dovrebbe allegarsi il solo verbale, stante la tassatività

sia del fatto che tali strumenti investigativi potrebbero trovare la loro disciplina “tipica” nelle previsioni di cui agli artt. 55, 348, 357 e 431 lett. b) c.p.p., con conseguente applicazione del regime ordinario di ammissione probatoria dettato dall’art. 190 c.p.p.¹⁵³

dell’elencazione contenuta nell’art. 431 c.p.p. Da segnalare che la Corte di Strasburgo, interpretando l’art. 6 CEDU, ha precisato come il processo sarebbe da considerarsi equo qualora il contraddittorio si sia svolto quantomeno sulla “ fonte di prova”. In tema S. Lonati, *Il contraddittorio nella formazione della prova orale e i principio della CEDU*, cit.

¹⁵³ F. Zacchè, voce *Prova atipica*, cit. Il catalogo degli atti di indagine definibili “atipici” è destinato ad ampliarsi notevolmente in ragione del continuo sviluppo della tecnologia che incide necessariamente anche sulle tecniche investigative. Si pensi per esempio all’accordo per l’uso dei “Droni” dell’Aeronautica militare siglato il 26.11.2014 tra il Capo di Stato maggiore dell’Aeronautica e i capi di Polizia e Carabinieri. Trattasi all’evidenza di strumento investigativo “atipico” che potrà essere usato dalle Forze dell’ordine nelle operazioni di ordine pubblico. Attraverso l’alta tecnologia e le piccole dimensioni che lo caratterizzano, questo velivolo potrà trasmettere immagini in diretta, sorvegliando una determinata zona in maniera occulta. Evidente l’analogia con le videoriprese di immagini essenzialmente in luoghi pubblici o aperti al pubblico. La captazione generalizzata di immagini potrebbe peraltro suscitare problemi di compatibilità dell’uso di tale strumento rispetto alla tutela del diritto alla riservatezza di persone delle quali vengano apprese immagini pur se non sottoposte a procedimento penale e quindi estranee all’attività di investigazione condotta nell’ambito di questo. Laddove invece tale strumento venga utilizzato ai fini preventivi, potrebbe ipotizzarsi l’applicazione in via estensiva dalla disciplina di cui all’art.226 disp. att. coord. c.p.p., benché non si verta propriamente in tema di intercettazione di comunicazioni.

3. *La captazione atipica di comunicazioni: la registrazione di conversazioni ad opera di uno dei partecipi.*

La registrazione di una conversazione ad opera di uno degli interlocutori è stata oggetto di ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza in ragione delle divergenze sorte con riferimento alla riconduzione di questa ipotesi nella categoria delle intercettazioni, della prova documentale o, invece, della prova atipica.¹⁵⁴

L'identificazione della disciplina applicabile risiede infatti nel *modus operandi* e nella diversa qualifica del soggetto che realizza la registrazione. Occorre pertanto distinguere. Laddove tale attività venga svolta da un privato che partecipi alla conversazione registrata si tratterebbe, secondo parte della giurisprudenza, di mera memorizzazione fonica del colloquio con l'interlocutore. Il nastro contenente la registrazione della conversazione rientrerebbe dunque nella categoria delle prove documentali ex art. 234 c.p.p., che consente l'acquisizione di documenti che siano rappresentativi di "... fatti, persone o cose mediante la ...fonografia..." e quindi sarebbe acquisibile al processo ex art. 495 comma 3 c.p.p.¹⁵⁵ Non potrebbe infatti invocarsi

¹⁵⁴ G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p. 176 e ss.; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p.378; L. Filippi, *Intercettazione*, cit., p. 841 e ss.; C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.28 e ss.; P. Maggio, *Ascolto occulto delle conversazioni tra presenti*, in A. Scafati, *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2014, p.87 e ss.

¹⁵⁵ Cass., sez. I, 22 gennaio 2013, in *C.E.D. Cass.*, n. 254814; Cass., sez.VI, 16 marzo 2011, in *C.E.D. Cass.*, n.250534; Cass., sez. un., 28 maggio 2003, in *Cass. pen.*, 2004, cit. p.2094; Cass., sez. I, 8 giugno 1999, in *C.E.D. Cass.*, n.213697; Cass., sez. I, 18 giugno 1996, in *Cass. pen.*, 1997, p.1433. In questo caso, infatti, non verrebbe in rilievo alcun problema di tutela della riservatezza poiché la conversazione con il soggetto autore della registrazione ne comporterebbe *ex se* la rinuncia. Nei medesimi termini A. Spataro, *Le intercettazioni telefoniche: problemi operativi e processuali*, in *Quaderni C.S.M.*, 1994, 69, p.155; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p. 170. Di segno opposto, invece, F. Dinacci, *L'irrilevanza processuale delle registrazioni di conversazioni tra presenti*, in *Giur. it.*, 1994, p.70; A. Procaccino, *Prove atipiche*, cit.,

l'applicazione della disciplina sulle intercettazioni poiché questa richiede, ex art. 266 c.p.p., l'apprensione occulta di una conversazione o di una comunicazione da parte di un soggetto che sia estraneo ad essa.¹⁵⁶ Non è un caso che gli stessi artt. 617 e 617-bis c.p. sanzionino solo la captazione fraudolenta di una conversazione che avvenga “ *tra altre persone*”, ovvero di colloqui in cui appunto non partecipi anche il soggetto captante.¹⁵⁷ Proprio tale consapevolezza ha spinto un insigne Autore¹⁵⁸ a sostenere come la suddetta attività, seppur non sussumibile nella categoria delle intercettazioni, non possa nemmeno ricondursi, semplicisticamente, alla prova documentale, ma vada invece ricompresa quantomeno nella categoria delle prove atipiche, con conseguente necessità che, prima dell'ammissione del mezzo di prova, venga verificata dal giudicante la sussistenza dei requisiti previsti ex art. 189 c.p.p.

Alcuni ulteriori cenni merita invece il caso <<*dell'agente segreto attrezzato per il suono*>>. Trattasi di ipotesi speciale in cui un soggetto registra la conversazione a cui prende parte su incarico degli inquirenti e con l'ausilio

p.287 che invece precisa come l'art. 15 della Costituzione estenderebbe la sua tutela anche al destinatario delle conversazioni.

¹⁵⁶ Cass., sez. un., 28 maggio 2003, cit., p.2094. Con tale decisione la Suprema Corte ha definito l'intercettazione come la captazione occulta di una conversazione tra due o più soggetti che agiscano con l'intenzione di escludere gli altri attuata da un soggetto estraneo alla stessa con l'ausilio di strumenti tecnici idonei ad eludere le cautele adottate dagli interlocutori.

¹⁵⁷ Non si condividono in questo senso i rilievi di Autorevole dottrina sull'applicabilità di tali ipotesi di reato al soggetto privato che registri in via occulta una conversazione. C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.29. Ai fini della configurabilità delle citate fattispecie di reato manca infatti il richiesto requisito di estraneità alla conversazione da parte del soggetto captante.

¹⁵⁸ E. Amodio, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1999, p.7 i cui dubbi sulla necessità di dimostrare, prima della sua acquisizione, che la registrazione sia avvenuta senza ledere la libertà morale del soggetto ed in modo da assicurare la genuinità della registrazione e sulla riconducibilità della voce all'interlocutore potrebbero essere risolti attraverso una perizia trascrittiva e fonica.

della strumentazione tecnica fornita dall'autorità giudiziaria¹⁵⁹. Il captante può essere sia un privato, sia un appartenente alla polizia giudiziaria e le operazioni potrebbero esser svolte o, come si diceva, attraverso la mera registrazione del dato comunicativo oppure attraverso la captazione e trasmissione in presa diretta alla polizia giudiziaria.

La ricerca della corretta qualificazione sistematica di tale operazione ha portato all'elaborazione di due diversi orientamenti. Secondo parte della giurisprudenza si verserebbe in tema di mera prova documentale ex art. 234 c.p.p., in ragione del difetto del requisito di terzietà dell'agente che registra la conversazione, necessario per poter ricondurre tale ipotesi alla disciplina delle intercettazioni.¹⁶⁰ Di segno opposto altre pronunce della Suprema Corte di Cassazione¹⁶¹, orientata a ritenere nell'agente la *longa manus* della polizia giudiziaria, con conseguente necessità del rispetto delle condizioni dettate in tema di intercettazione dagli artt. 266 e ss. c.p.p.

¹⁵⁹ C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.37; G. Leo, *Necessario il provvedimento autorizzativo dell'Autorità giudiziaria per il ricorso al cd. << agente segreto attrezzato per il suono >>*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* 19 marzo 2012; L. Filippi, *Le sezioni unite decretano la morte dell'agente segreto attrezzato per il suono*, in *Cass. pen.*, 2004, p.2094 e ss.; id., L. Filippi, *Intercettazione*, cit., p. 849; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p. 171. R. Del Coco, *Registrazioni audio-video su impulso dell'investigatore*, in A. Scalfati, *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2014, p. 3 ss.

¹⁶⁰ Si esprimono in questo senso Cass., sez. VI, 24 febbraio 2009, in *C.E.D. Cass.*, n.243256; Cass., sez. VI, 1 dicembre 2009, in *C.E.D. Cass.*, n.245774; Cass., sez. IV, 4 ottobre 2007, in *C.E.D. Cass.*, n.237789; Cass., sez. II, 5 novembre 2002, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p.291; Cass., sez. II, 16 aprile 2002, in *Guid. dir.*, 2002, n.28,p.87; Cass., sez. I, 14 aprile 1999, in *C.E.D. Cass.*, n.213457; Cass., sez. IV, 11 giugno 1998, in *Giust. pen.*, 1999, III, c. 536; Cass., sez. I, 14 aprile 1999, in *C.E.D. Cass.*, n. 213457; Cass., sez.VI, 10 aprile 1996, in *C.E.D. Cass.*, n.205096. In dottrina, in senso critico, *ex multis*, G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p. 171; A. Laronga, *Le prove atipiche*, cit., p.198.

¹⁶¹ Cass., sez. VI, 6 novembre 2008, in *Dir. pen. proc.*, 2009, con nota di F. Decaroli, *Revirement sulle registrazioni con mezzi forniti dalla polizia*. Nei medesimi termini; Cass., sez. I, 23 gennaio 2003, in *C.E.D. Cass.*, n.223570; Cass., sez. VI, 20 novembre 2000, in *Cass. pen.*, 2001, p.3483; Cass., sez. V, 11 maggio 2000, in *Cass. pen.*, 2001, p.565; Cass., 29 settembre 2000, in *C.E.D. Cass.*, n. 217548; Cass., sez. 13 gennaio 1999, in *C.E.D. Cass.*, n.213250.

I dubbi sorti in tema hanno indotto ad ulteriori distinguo. Laddove infatti gli strumenti tecnici utilizzati dal soggetto captante consentano alla P.G. l'ascolto diretto della conversazione, stante la terzietà di questa, si tratterebbe di vera e propria intercettazione, con conseguente inutilizzabilità degli esiti se ottenuti senza il rispetto delle regole fissate dagli artt. 266 e ss. c.p.p.¹⁶². Diversamente la semplice registrazione dell'agente non potrebbe farsi rientrare in tale categoria, difettandone i requisiti normativamente previsti.¹⁶³ La stessa sarebbe qualificabile come prova documentale o al più come mezzo di ricerca della prova atipico¹⁶⁴ e potrebbe addirittura eseguirsi senza alcuna autorizzazione dell'A.G.¹⁶⁵ Sul tema si è però formato di recente un orientamento giurisprudenziale intermedio¹⁶⁶, secondo cui tale attività, pur non essendo

¹⁶²Cass., sez. II, 24 febbraio 2010, in *Giur. it.*, 2011, p.1398; Cass., sez. I, 23 gennaio 2003, cit. In tema, C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.39. cfr., G. Leo, *Necessario il provvedimento autorizzativo dell'Autorità giudiziaria per il ricorso al cd. << agente segreto attrezzato per il suono>>*, cit.

¹⁶³ Cass., sez. I, 7 novembre 2007, in *C.E.D. Cass.*, n.238488; Cass., sez. Vi, 9 giugno 2005, in *Guid. dir.*, 2005, n.39, p.99, che anzi precisa come : “ la disciplina di garanzia prevista per le intercettazioni concerne esclusivamente l'intromissione esterna dell'autorità in una conversazione telefonica o tra presenti e non si applica, pertanto, nel caso di colloqui privati registrati da parte di uno degli interlocutori , a nulla rilevando né che la registrazione sia stata da questi effettuata su richiesta della polizia giudiziaria né che il medesimo abbia agito utilizzando materiale fornito o addirittura appartenente alla polizia giudiziaria, ancorchè quest'ultima o qualsiasi terzo possa contemporaneamente ascoltare”.

¹⁶⁴ Cass., sez. II, 14 ottobre 2011, in *Foro it.*, 2011, II, c.224. Cass., sez. III, 6 luglio 2007, n.36390, in *C.E.D. Cass.*, n.237654; Cass., sez. V, 24 gennaio 1996, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1111. In dottrina; C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.40. G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p. 172, che si dice contrario alla riconduzione anche di tale ipotesi nella categoria delle prove atipiche, che sarebbe invece un vero e proprio esempio di “prova anomala” in quanto utilizzata per ottenere il risultato di un mezzo di prova tipico.

¹⁶⁵ Sul tema v. G. Leo, *Necessario il provvedimento autorizzativo dell'Autorità giudiziaria per il ricorso al cd. << agente segreto attrezzato per il suono>>*, cit..

¹⁶⁶ Cass., sez. II, 13 febbraio 2014, in *C.E.D. Cass.*, n.258551; Trib. Milano, sez. VII, ord. 13 marzo 2012, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, con nota di G. Leo, *Necessario il provvedimento*

inquadrabile tra le intercettazioni, verrebbe comunque ad incidere, sebbene in misura minore, sul diritto alla segretezza delle conversazioni tutelato ex art. 15 Cost. e pertanto richiederebbe quantomeno l'emissione di un decreto motivato del p.m. Secondo parte della dottrina la soluzione prospettata non sarebbe peraltro soddisfacente, poichè il richiamo alla citata norma costituzionale avrebbe dovuto portare alla conclusione della illegittimità di tali operazioni in quanto compiute in maniera difforme rispetto alle condizioni dettate dall'art. 15 Cost., che richiede appunto non solo un provvedimento motivato dell'Autorità giudiziaria, ma anche che vi sia una espressa previsione di legge.¹⁶⁷

Diverso invece il caso in cui la polizia giudiziaria, venuta in possesso del telefono appartenente all'autore del reato, risponda alle telefonate che ivi giungano, in seguito utilizzando tali informazioni ai fini investigativi. In

autorizzativo dell'Autorità giudiziaria per il ricorso al cd. << agente segreto attrezzato per il suono>>, cit. Nei medesimi termini, Cass., sez. VI, 21 giugno 2010, in Guid. dir., 2010, n.38, p.75 con nota di P. Gaeta, Per utilizzare registrazioni fra presenti fatte dalla P.g. è sufficiente un decreto del pubblico ministero. E' minore l'intrusione nella vita privata rispetto alla pura attività intercettiva.

¹⁶⁷ R. Del Coco, *Registrazioni audio-video su impulso dell'investigatore*, cit., p.14. Si devono condividere poi i dubbi di Autorevole dottrina che evidenzia come: "...se davvero la riferibilità della registrazione ad uno dei partecipi diminuisce il livello di intrusione nella sfera privata, non si comprende perché la riservatezza trovi qui una tutela più ampia di quella garantita nei confronti di un interlocutore non supportato dalla polizia giudiziaria.....La verità è che il principio in esame enuclea una speciale riservatezza opponibile solo alla polizia giudiziaria. La logica non è quella tipica dell'art. 2 Cost. di una privazione dei contenuti della privacy...ma orienta piuttosto alla specifica garanzia contro la forza pervasiva del potere pubblico.." G. Leo, *Necessario il provvedimento autorizzativo dell'Autorità giudiziaria per il ricorso al cd. << agente segreto attrezzato per il suono>>, cit.* L'invasività di tale attività investigativa è stata riconosciuta anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che ha appunto ritenuto lesiva del diritto alla riservatezza di cui all'art. 8 CEDU la registrazione di un colloquio tra presenti che sia stata effettuata da uno degli interlocutori su suggerimento della P.G.; Corte eur., Grande Camera, 10 marzo 2009, Bykov c. Russia; Corte eur., 25 ottobre 2007, Van Vondel c. Paesi Bassi; Corte eur. 1.3.2007 Heglas c. Repubblica Ceca, c.eur. 25.9.2001, P.G. e H.G. C. Regno unito in *Cass. pen.*, 2002, p.1826.

merito la Suprema Corte di Cassazione¹⁶⁸ ha infatti ritenuto legittimo tale *modus operandi* in quanto rientrante ex art. 55 c.p.p. nelle funzioni proprie della p.g. legittimata ad utilizzare le notizie apprese dall'interlocutore ex art. 351 c.p.p. Non si verserebbe in tema di intercettazione, poiché come già evidenziato, questa presuppone l'inserimento in una conversazione in atto tra distinti soggetti senza che gli stessi lo sappiano. Tale conclusione è stata naturalmente avversata dalla dottrina, che condivisibilmente ha denunciato il tentativo della giurisprudenza di violare il principio di legalità probatoria attraverso: *"la legittimazione di una attività di captazione non rispondente agli specifici requisiti richiesti ex artt. 266-271 c.p.p. e ricondotta all'inusitato genus delle sommarie informazioni telefoniche"*.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Cass., sez. IV, 25 giugno 2008, in *Guid. dir.*, 2008, n.40, p.86; Cass., sez. VI, 30 maggio 2007, in C.E.D. Cass., n. 237493; Cass., sez. IV, 10 gennaio 2002, in *Giust. Pen.*, 2002, III, p.580; Cass., sez. IV, 12 aprile 2000, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p.1392; Cass., sez. IV, 7 novembre 2001, in *Gius. Pen.*, 2002, III, p.581.

¹⁶⁹ Così espressamente, G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p. 169.

4. Il pedinamento satellitare.

Nell'ambito delle cd. investigazioni atipiche deve certamente annoverarsi il pedinamento elettronico, una forma evoluta della tradizionale attività di osservazione del sospettato svolta dalla polizia giudiziaria durante le indagini preliminari.¹⁷⁰

Il controllo degli spostamenti di un soggetto o di un oggetto avviene materialmente attraverso l'ausilio di un dispositivo elettronico noto come g.p.s.¹⁷¹ Tale tipologia di indagine non trova espressa collocazione

¹⁷⁰ Sul tema, S. Signorato, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p.588; C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 227 e ss. ; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p.164 e ss.; L. G. Velani, *Nuove tecnologie e prova penale: il sistema di individuazione satellitare g.p.s.*, in *Giur. it.*, 2003, p.2373; D. Gentile, *Tracking satellitare mediante g.p.s.:attività atipica di indagine o intercettazione di dati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n.12, p.1465 e ss.; A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., p.233; T. Bene, *Il pedinamento elettronico: truismi e problemi spinosi*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2014, p.347 e ss.; M. Stramaglia, *Il pedinamento satellitare: ricerca ed uso di una prova atipica*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p.213; S. Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, cit..

¹⁷¹ G.p.s. è l'acronimo di *Global positioning system*, ovvero sistema globale di rilevamento della posizione. Il sistema g.p.s., originariamente concepito per uso militare, è costituito da una rete di 24 satelliti collocati a 20.000 km di altezza e suddivisi in 6 rotte orbitali ed è capace di determinare la posizione di un oggetto sulla superficie terrestre ma anche di seguirne il movimento e calcolarne la velocità. Tale sistema di individuazione della posizione geografica di un soggetto è del tutto assimilabile a quello consistente nel monitoraggio delle celle agganciate dal cellulare della persona osservata, benché nel primo caso gli spostamenti vengano rilevati senza soluzione di continuità spazio-temporale. Sul tema, G. Di Paolo, *Acquisizione dinamica dei dati relativi all'ubicazione del cellulare ed altre forme di localizzazione tecnologicamente assistita. Riflessioni a margine dell'esperienza statunitense*, in *Cass. pen.*, p.1219 e ss; F. Dinacci, *Localizzazione attraverso celle telefoniche*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, cit., p.369. Un altro sistema di rilevamento della posizione è l'*Iridium*, sistema di telefonia mobile satellitare altamente avanzato che si basa sull'uso di 66 satelliti e supporta comunicazioni voce e dati con una copertura che si estende sino alle regioni polari. C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 229.

sistematica nel vigente codice di procedura penale, sicchè dottrina e giurisprudenza dibattono anzitutto sul suo possibile inquadramento, in via interpretativa, tra le attività investigative tipizzate. In questo contesto alcuni autori¹⁷² individuano nella tecnica di pedinamento con g.p.s. una vera e propria attività di intercettazione in ragione della contemporaneità tra l'attività captativa ed il dato rilevato¹⁷³ e della sua intrusione nella sfera della privacy non dissimile da quella che caratterizza l'intercettazione di comunicazioni, poiché anch'essa attività necessariamente occulta. La disciplina applicabile dovrebbe essere, pertanto, quella prevista dagli artt. 266 e ss. c.p.p. Tale ricostruzione ermeneutica, finalizzata alla comprensibile circoscrizione dell'ambito applicativo di questa peculiare tecnica di indagine ed alla sua sottoposizione alle maggiori garanzie per l'imputato ivi previste, si scontra però con alcune criticità di natura oggettiva.

In questo senso è stato evidenziato da altra dottrina¹⁷⁴ come la disciplina delle intercettazioni abbia quale presupposto necessario la captazione di una "comunicazione" da parte di un terzo estraneo ad essa. Tale osservazione è già

¹⁷² D. Iacobacci, *Sulla necessità di riformare la disciplina delle intercettazioni, prendendo le mosse dalle esitazioni applicative già note*, in *Giust. Pen.*, III, 2011, c. 365; L. G. Velani, *Nuove tecnologie e prova penale: il sistema d'individuazione satellitare g.p.s.*, in *Giur. it.*, 2003, p.2372.

¹⁷³ Circostanza che, nel caso di verifica della posizione di un soggetto attraverso il cellulare o un sistema di antifurto satellitare posto sul veicolo, differenzia l'attività di pedinamento da quella inerente l'apprensione ex post dei dati in possesso del gestore del servizio. Sul punto, C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.230. La materia è stata peraltro analizzata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo con riferimento all'art. 8 CEDU che ha invece stabilito come l'acquisizione dei tabulati telefonici incide sul diritto al rispetto della vita privata esattamente come le intercettazioni e dovrebbe pertanto soggiacere alle medesime condizioni (C. eur. 1.3.2007, Heglas c. Repubblica Ceca).

¹⁷⁴ F. Perna, *Mezzi atipici di ricerca della prova nella attività di polizia giudiziaria: videosorveglianza, pedinamento e localizzazione satellitare*, in *Riv. polizia*, 2007, p.672; S. Signorato, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, cit., p.583 e ss.; M. Stramaglia, *Il pedinamento satellitare: ricerca ed uso di una prova <<atipica>>*, cit., p.214; A. Laronga, *L'utilizzabilità probatoria del controllo a distanza eseguito con sistema satellitare g.p.s.*, in *Cass. pen.*, 2002, p.3054; T. Bene, *Il pedinamento elettronico: truismi e problemi spinosi*, cit., p.350.

ex se sufficiente per escludere l'attività di pedinamento dalla categoria di cui all'art. 266 e ss. Parimenti inadeguati gli ulteriori tentativi di enucleazione della tecnica g.p.s. nella categoria delle ispezioni (artt. 244 e 245 c.p.p.) o, ancora, tra gli accertamenti urgenti previsti dall'art. 354 c.p.p.¹⁷⁵

Quanto alla prima ipotesi, infatti, si osserva come, diversamente dalle ispezioni - che si caratterizzano tra l'altro per essere atto investigativo di natura urgente ma palese- la tecnica g.p.s. non sia finalizzata ad accertare << le tracce e gli altri effetti materiali del reato>>, né venga a comprimere la libertà personale del soggetto sottopostovi come invece accade per l'ispezione personale. Tale attività non può trovare collocazione sistematica nemmeno tra gli accertamenti urgenti, consentiti ex art. 354 c.p.p., non avendo ad oggetto alcuna attività di <<conservazione delle tracce o cose pertinenti al reato>>, che tra l'altro preesistono rispetto all'attività di accertamento, diversamente dai dati di localizzazione, la cui caratteristica è invece la formazione contestuale all'apprensione. Quanto detto senza considerare ulteriormente l'impossibilità pratica di applicare anche al pedinamento satellitare la garanzia dell'assistenza difensiva prevista dall'art. 356 c.p.p. Essa è dunque attività investigativa

¹⁷⁵ Con riferimento all'assimilazione della attività di pedinamento satellitare alla ispezioni personali, con la quale condividerebbe l'attività di osservazione diretta; v. L. Carli, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Milano, 2005, p.333. *Contra*, S. Signorato, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, cit., p.585 e ss. che evidenzia come i dati di localizzazione satellitare non sarebbero nemmeno riconducibili alla categoria dei << dati esteriori del traffico>> come quello telefonico che possono essere acquisiti ex art. 132 comma 3 d.lvo 30.6.2003 n.196 (codice della Privacy) solo con decreto motivato del P.M. , mancando anche in questo caso una "comunicazione". Sul tema, v. anche, F. Cajani, *I nuovi mezzi di ricerca della prova: video riprese investigative, agente segreto attrezzato per il suono, pedinamento elettronico ed appostamenti informatici, installazione di captatori informatici*, in AA.VV., *Computer forensics e indagini digitali. Manuale tecnico-giuridico e casi pratici*, Vol. II, Forlì, 2011, p.443 e ss. Da segnalarsi infine anche la diversità ontologica degli eventuali supporti informatici in cui vengano trasfusi i dati di localizzazione rispetto al documento disciplinato dall'art. 234 c.p.p., il quale ultimo non coincide mai con la documentazione di una attività investigativa, formandosi prima o comunque al di fuori del procedimento penale.

ontologicamente atipica e quindi da ricondursi nel novero dei mezzi di ricerca della prova atipici ex art. 189 c.p.p.

Il problema inerente l'inquadramento sistematico di questa tecnica investigativa è stato naturalmente affrontato anche dalla Suprema Corte di Cassazione¹⁷⁶ che nella sua prima sentenza sul tema ha affermato come: " *...la localizzazione di una persona (o di un oggetto) in movimento mai può essere considerata una attività di intercettazione, anche se realizzata con modalità e tecnologie similari a quelle con le quali vengono portate ad esecuzione, appunto, le intercettazioni previste dal codice di rito*". Il rilevamento con g.p.s. non potrebbe infatti qualificarsi quale *species* del *genus* intercettazioni in ragione dell'eterogeneità del suo oggetto. Esso sarebbe, invece, uno strumento di indagine non disciplinato dalla legge, rientrante nell'ordinaria attività investigativa di competenza della polizia giudiziaria ex artt. 55, 348 e 370 c.p.p.. Sostanzialmente una modalità tecnicamente avanzata del pedinamento che, non incidendo sul diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni tutelato ex art. 15 Cost., non necessiterebbe di alcun provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria. In detta sentenza dunque la tecnica di indagine con g.p.s. è stata ricondotta alla fisiologica atipicità delle indagini svolte dalla polizia giudiziaria. Diversamente, più di recente, si è andato diffondendo un orientamento giurisprudenziale incline a ritenere applicabile allo strumento di indagine in esame la disciplina dell'art. 189 c.p.p.¹⁷⁷, con conseguente necessità che questo rispetti quantomeno le condizioni dettate da tale norma la quale, in ossequio al principio di "atipicità temperata", impone

¹⁷⁶ Cass., sez. V, 27 febbraio 2002, in *Dir. pen. proc.*, 2003, I, p.93. Conf., Cass., sez. V, 7 maggio 2004, n. 24715, in *C.E.D. Cass.*, n.228731; Cass., sez. IV, 21 gennaio 2008, n.3017, in *C.E.D. Cass.*, 238679; Cass., sez. V, 10 marzo 2010, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n.12, p.1464.

¹⁷⁷ Sull'applicabilità dell'art. 189 c.p.p. a tale strumento investigativo v., ex multis, Cass., sez. I, 17 aprile 2012 n.14529; Cass., sez. II, 30 ottobre 2008, in *Guid. dir.*, 2009, n.5, p.90; Cass., sez. V, 7 maggio 2004, in *Cass. pen.*, 2005, p.3036; Cass., sez. V, 2 maggio 2002, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p.93. Questa ricostruzione renderebbe non necessario alcun decreto autorizzativo dell'autorità giudiziaria.

di verificare che lo strumento di rilevazione sia idoneo all'accertamento dei fatti¹⁷⁸ e non leda la libertà morale del soggetto sottoposto a controllo.

Proprio con riferimento a tale ultimo requisito, autorevole dottrina¹⁷⁹ ha evidenziato come questo strumento venga ad incidere sulla condizione di “non lesività della libertà morale della persona” richiesta per poter trovare ingresso in sede processuale. Tale “idoneità offensiva” pare peraltro non ricorrente, poiché mezzo investigativo che prescinde da qualsiasi attività coercitiva o intromissiva nella capacità di autodeterminazione del soggetto controllato. A tale mezzo di ricerca della prova sembra dunque correttamente applicabile la disciplina di cui all’art. 189 c.p.p., benché permangano i dubbi di alcuni autori¹⁸⁰ – di cui si è già dato conto nei capitoli precedenti – circa la possibilità di estendere la suddetta previsione ai mezzi di ricerca della prova, in ragione della naturale impossibilità di applicare a questi ultimi il contraddittorio anticipato sull’assunzione della prova richiesto dalla norma. La prevalente

¹⁷⁸ Con ciò intendendosi la verifica dell’attitudine dello strumento g.p.s. a fornire elementi conoscitivi rilevanti in sede processuale. Tale requisito è comunque tradizionalmente ritenuto ricorrente in ragione dell’efficacia di questo mezzo di ricerca della prova, garantita dall’alta precisione delle nuove tecnologie. In tema, S. Signorato, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, cit., p.592, che sottolinea come la verifica del requisito di idoneità del g.p.s. all’accertamento dei fatti debba comprendere anche l’indagine concreta della affidabilità tecnica dello strumento utilizzato, in modo che venga esclusa qualsiasi possibilità che la rilevazione sia stata interferita da altri sistemi (cd. GNSS Spoofing) capaci di sfalsare l’elaborazione dei dati da parte del g.p.s.

¹⁷⁹ In tema D. Gentile, *Tracking satellitare mediante g.p.s.: attività atipica di indagine o intercettazione di dati*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p.1470 e ss.. Di segno opposto, A. Laronga, *Il pedinamento satellitare: un atto atipico lesivo di diritti inviolabili?*, in *Quest. giust.*, 2002, p.1159. S. Signorato, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, cit., p.592.

¹⁸⁰ N. Galantini, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p.213; L. Filippi, *L’home watching*, cit., p.95. In tema v. anche A. Laronga, *Il pedinamento satellitare: un atto atipico lesivo di diritti inviolabili?*, cit., p.1159; C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.241.

dottrina ¹⁸¹ rimane comunque attestata in senso opposto, evidenziando anzitutto come l'estensione dell'ambito di operatività dell'art. 189 c.p.p. anche agli atti investigativi trovi conferma nella collocazione sistematica di tale norma all'interno delle disposizioni generali sulle prove inserite nel titolo I del Libro terzo del vigente codice di procedura penale le quali, secondo la stessa Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1988, dovrebbero trovare applicazione anche per le attività investigative qualora <<la struttura delle singole disposizioni lo consenta>>¹⁸². Le opinioni riportate divergono, si ritiene, in ragione di un limitato approccio all'esame dell'art. 189 c.p.p., il cui peccato originale sarebbe quello di trovarsi collocato nella *sedes materiae* dedicata alle prove. La soluzione del problema inerente l'estensione della disciplina sulla prova atipica anche ai mezzi di ricerca della prova non tipizzati può fondarsi invece su una diversa lettura dell'art. 189 c.p.p., il quale infatti essendo regola di esclusione probatoria direttamente connessa al principio di legalità processuale, che investe il sistema nel suo complesso, deve considerarsi norma di garanzia, come tale applicabile ex art. 61 c.p.p. anche in favore dell'indagato durante le indagini preliminari.

Il rinvio alla disciplina di cui all'art. 189 c.p.p. impone peraltro di vagliare la compatibilità di tale strumento investigativo rispetto ad alcuni

¹⁸¹ S. Signorato, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, cit., p.591 e ss., la quale pone anche in evidenza come il termine <<assunzione>> venga utilizzato anche nell'art. 188 c.p.p. sulla cui estensione anche agli atti delle indagini non si discute. Si evidenzia inoltre come l'attività di pedinamento satellitare sia atto formalmente irripetibile, con conseguente acquisizione al fascicolo del dibattimento ex art. 431 lett. b) c.p.p. Sulla applicabilità della disciplina di cui all'art. 189 c.p.p. anche agli atti irripetibili; cfr, ex multis, A. Camon, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi*, cit., p.1550.

¹⁸² Rel. progetto prel. c.p.p. in *Gazz. Uff.*, suppl. ord. n.2, 24 ottobre 1988, serie gen., p.60. Il contraddittorio verrebbe poi svolto *ex post* sul *modus operandi*. A. Camon, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove <<incostituzionali>>*, cit., p.1195; F. Caprioli, *Riprese visive nel domicilio e intercettazioni per "immagini"*, cit., p.2188; S. Signorato, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, cit., p.592.

diritti fondamentali dell'individuo tutelati a livello costituzionale, nella specie le disposizioni di cui agli artt. 13, 14 e 15 Cost.

Deve darsi conto infatti di come la giurisprudenza non abbia rinvenuto nell'utilizzo del sistema g.p.s. alcuna lesione né della libertà fisica o psichica del soggetto controllato (art. 13 Cost.), né del diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.)¹⁸³ Alle medesime conclusioni la Suprema Corte di Cassazione¹⁸⁴ è giunta con riferimento al diritto all'inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.), non potendosi annoverare nella nozione di "domicilio" l'abitacolo della vettura dove si realizza l'attività preparatoria del pedinamento attraverso l'installazione del dispositivo g.p.p.; circostanza che, sola, potrebbe configurare una attività intrusiva nella sfera riservata del soggetto controllato, con conseguente violazione dell'art. 14 Cost. Essendo quindi assente qualsivoglia lesione della sfera privata del controllato non vi sarebbe necessità di subordinare il pedinamento elettronico a decreto

¹⁸³ Anche la dottrina è concorde con tale conclusione. Alcuni autori ipotizzano però che tale tecnica venga ad incidere sul diritto alla privacy disciplinata ex L. 13.12.1996 n. 675 e succ. mod. Sul punto, L. G. Velani, *Nuove tecnologie e prova penale: il sistema di individuazione satellitare g.p.s.*, cit., p.2375.; S. Signorato, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, cit., p.597; C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p.247, che osserva come l'esame del rispetto del diritto alla privacy sia assorbito in ogni caso da quello inerente le disposizioni costituzionali (art. 14 e 15 Cost.) da cui viene desunto sicché : *"il vaglio di legittimità sarà condizionato alla verifica dell'osservanza, da parte del legislatore, delle singole disposizioni costituzionali poste a presidio dei diritti che ne rappresentano una specificazione"*.

¹⁸⁴ Cass., sez. un., 31 ottobre 2001, in *Foro it.*, 2002, II, c.170; Cass., sez. VI, 1 dicembre 2003, in *Cass. pen.*, 2005, p.1995; Cass., sez. I, 18 ottobre 2000, in *Cass. pen.*, 2001, p.2746. La giurisprudenza è infatti orientata a non assimilare l'abitacolo di una vettura con il domicilio poiché privo delle caratteristiche tipiche di un luogo di privata dimora, anzitutto quello della stabilità e della idoneità del luogo a garantire la riservatezza. Per una isolata pronuncia in senso opposto, Cass., sez. II, 10 giugno 1998, in *Cass. pen.*, 2000, p.2026. In tema S. Signorato, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, cit., p.597. Il mezzo di trasporto potrebbe invece essere considerato "privata dimora" qualora sin dall'origine o successivamente venga utilizzato come tale e risulti idoneo allo scopo (es. camper o le autovetture dove vivono le popolazioni nomadi)

motivato del pubblico ministero.¹⁸⁵ Diversamente, in dottrina, l'orientamento prevalente è incline a ravvisare nell'abitacolo un luogo protetto ex art. 14 Cost., in ragione della sua destinazione alla vita privata di chi ne è proprietario, titolare di un vero e proprio *ius excludendi alios*.¹⁸⁶ Ne deriva la necessità che tale tipo di attività investigativa debba essere subordinata quantomeno ad un provvedimento autorizzativo dell'Autorità giudiziaria, pena la sua inutilizzabilità, ciò a maggior ragione laddove si consideri che la collocazione del dispositivo di rilevazione, attività preliminare al pedinamento, imponendo l'uso di mezzi fraudolenti è certamente intrusiva della sfera privata del soggetto controllato¹⁸⁷. Tale ultimo orientamento risulta del resto

¹⁸⁵ Cass., sez. II, 30 ottobre 2008, in *Guid. dir.*, 2009, p.90.

¹⁸⁶ C. Botti, *Ma il sensore posto nell'autoveicolo potrebbe violare il domicilio*, in *DeG*, 2002, n.22, p.17; L. G. Velani, *Nuove tecnologie e prova penale: il sistema d'individuazione satellitare g.p.s.*, cit., p.2372.; P. Peretoli, *Controllo satellitare con G.P.S.: pedinamento o intercettazione?*, cit., p.94. Con riferimento inoltre alle problematiche inerenti la violazione del diritto alla libera circolazione, intesa come libertà assoluta a non essere localizzati; cfr. A. Camon, *L'acquisizione dei dati sul traffico delle comunicazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 633; sul punto v. anche G. Di Paolo, *Acquisizione dinamica dei dati relativi all'ubicazione del cellulare ed altre forme di localizzazione tecnologicamente assistita. Riflessioni a margine dell'esperienza statunitense*, in *Cass. pen.*, cit. p.1219 e ss. che parla di un vero e proprio <<diritto all'anonimato>>. Secondo Autorevole dottrina, peraltro, tali problemi potrebbero essere superati attraverso l'applicazione per analogia delle disposizioni inerenti l'acquisizione dei tabulati telefonici (artt. 121, 126 e 132 del Codice della Privacy come modificato da ultimo dal D.Lvo 30 maggio 2008 n.109) , che richiede la preventiva autorizzazione, con decreto motivato, del pubblico ministero. M. Stramaglia, *Il pedinamento satellitare: ricerca ed uso di una prova <<atipica>>*, in *Dir. pen. proc.* , 2011, p.224; P. Gualtieri, *Prova informatica e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.* , dossier *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di P. Tonini, 2008, p.71; L. Filippi, *Il revirement delle Sezioni unite sul tabulato telefonico: un'occasione mancata per riconoscere una prova incostituzionale*, in *Cass. pen.*, 2000, p.3254.

¹⁸⁷ Per queste condivisibili osservazioni, O. Mazza, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, cit., che osserva pure come nulla impedisca che il g.p.s. sia posto sull'individuo da pedinare, attività questa ancor più invasiva e parimenti non soggetta ad autorizzazione né a controllo successivo se non attraverso l'esame del verbale delle operazioni svolte ex artt 357 e 115 disp. att. c.p.p.. Senza considerare che, in quanto

confermato anche dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che, pur non assimilando il sistema g.p.s. ad una vera e propria attività intercettiva¹⁸⁸, ha evidenziato la necessità che vengano salvaguardate le garanzie minime dettate dall'art. 8 CEDU.¹⁸⁹

Persino la Suprema Corte degli Stati Uniti¹⁹⁰ ha ravvisato il carattere intrusivo del dispositivo g.p.s. ed elaborando un criterio definito della “ragionevole

attività da considerarsi irripetibile, sia il verbale delle operazioni compiute che il supporto informatico del rilevamento finirebbero per essere acquisiti al fascicolo del dibattimento ex art. 431 lett. b) c.p.p., senza alcuna tutela per l'imputato. In tema anche; D. Gentile, *Tracking satellitare mediante g.p.s.: attività atipica di indagine o intercettazione di dati?*, cit., p.1468. Sulla qualificazione del pedinamento come atto irripetibile; A. Camon, *Le riprese visive come mezzo di indagine*, cit., p. 1198. In giurisprudenza Cass., sez. II, 26 marzo 1997, in *Cass. pen.*, 1998, p.249; Cass., sez. I, 14 giugno 2000, in *C.E.D. Cass.*, n.216551.

¹⁸⁸ Si veda in tema Corte EDU , Uzun c. Germania, 2.9.2010, nella quale peraltro la Corte, considerando non violato l'art. 8 CEDU dalla legge tedesca, ha evidenziato come la tecnica g.p.s. fosse comunque prevista nella legislazione tedesca (seppur in via meramente generale poiché l'art. 100 c. § 1 n.1 (b) c.p.p. prevede: “l'impiego di mezzi tecnici speciali destinati a scopo di sorveglianza” ordinato da p.m. o dal giudice se la durata supera un mese) e fosse stata autorizzata dal p.m. Sul punto, L. Filippi, *Intercettazione*, cit., p.854; R.E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2014, p.131; S. Signorato, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, cit., p.600.

¹⁸⁹ Proprio analizzando l'art. 8 CEDU, la Corte europea ha individuato un nucleo minimo di garanzie, stabilendo che la compressione di tali diritti da parte del potere giudiziario possa avvenire solo se la misura sia legislativamente prevista, se vi sia una finalità legittima (ovvero collegata con l'interesse dello Stato o della collettività o con la tutela dei diritti e delle libertà altrui) e se tale misura sia necessaria in rapporto ad una società democratica (con ciò richiedendosi il rispetto del canone di proporzionalità della misura rispetto alla finalità perseguita e che questa sia comunque suscettibile di controllo giurisdizionale). R.E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p.129. C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 63 e ss. Sul punto, S. Signorato, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, cit., p.600. Nella giurisprudenza europea; C. eur. 10.2.2009, Iordachi c. Moldavia; C. eur. 29.5.2001, Taylor Sabori c. Regno unito.

¹⁹⁰ *Supreme Court of The United States*, 23 gennaio 2012, *U.S. v. Jones*. In tema, L. Filippi, *Il GPS è una prova incostituzionale? Domanda provocatoria, ma non troppo, dopo la sentenza Jones della Corte Suprema U.S.A.*, in *Arch. pen.*, 2012, p.309. Con riferimento all'esistenza di un vero e proprio

aspettativa di privacy” ha affermato come l’istallazione da parte della polizia, senza autorizzazione giudiziale, di un dispositivo di controllo elettronico satellitare (g.p.s.) sull’autovettura di una persona sottoposta ad indagini costituisca violazione del quarto emendamento della Costituzione federale. Evidente la totale inadeguatezza del sistema italiano in materia, laddove alla già grave carenza di previsione legislativa, la prassi giudiziaria si ostina a non porre argine nemmeno attraverso la garanzia che una tecnica investigativa come quella del pedinamento elettronico debba essere quantomeno autorizzata con provvedimento dell’autorità giudiziaria.

“diritto all’anonimato” v. G. Di Paolo, *Acquisizione dinamica dei dati relativi all’ubicazione del cellulare ed altre forme di localizzazione tecnologicamente assistita. Riflessioni a margine dell’esperienza statunitense*, in *Cass. pen.*, 2008, p.1219. In tema v. anche, T. Bene, *Il pedinamento elettronico: truismi e problemi spinosi*, cit., p.362.

5. Le ricognizioni “non disciplinate dalla legge”: il riconoscimento informale in udienza.

La ricognizione è un mezzo di prova minuziosamente tipizzato che consiste nel riconoscimento di persone (art. 213 c.p.p.), cose (art. 215 c.p.p.) o quanto altro possa essere oggetto di percezione sensoriale (art. 216 c.p.p.).¹⁹¹ Le modalità di svolgimento dell’atto ricognitivo sono precisate all’art. 214 c.p.p. e richiedono anzitutto il rispetto di alcune specifiche formalità, senza l’osservanza delle quali la ricognizione è affetta da nullità (ex artt. 213 comma 3, 214 comma 3, 215 comma 3 e 216 comma 2 c.p.p.).¹⁹²

Accanto a tale mezzo di prova tipico, però, la prassi giudiziaria ha creato una ulteriore categoria di atti ricognitivi, astutamente qualificati “atipici” perché assunti con una procedura differente rispetto a quella prevista dagli artt. 213 e ss. c.p.p. Trattasi in realtà di modelli deformalizzati di ricognizione da ritenersi veri e propri esempi di manipolazione creativa dell’art. 189 c.p.p.

¹⁹¹ Sulla ricognizione, *ex multis*, M. Bontempelli, *La ricognizione*, in P. Ferrua - E. Marzaduri - G. Spangher (a cura di), *La prova penale*, Giappichelli, 2013, p.479 e ss.; P. Tonini – C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p.293; A.M. Capitta, *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, cit.; 184; S. Cavini, *Il riconoscimento informale di persone o di cose come mezzo di prova atipico*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p.839.

¹⁹² In particolare il giudice, prima dell’inizio delle operazioni, deve invitare il ricognitore a descrivere la persona o l’oggetto di cui abbia avuto percezione ed a precisare se abbia svolto già in precedenza il riconoscimento o se abbia comunque già visto, prima o dopo il fatto, anche solo riprodotta in fotografia, la persona o la cosa da riconoscere. In seguito la ricognizione si svolgerà con la partecipazione di almeno altre due persone (cd. distrattori) o cose il più possibile somiglianti a quella da riconoscere. Come autorevolmente osservato è circostanza di non poco conto il fatto che nel verbale il giudice non debba fare alcun cenno al grado di somiglianza dei distrattori rispetto alla persona o alla cosa oggetto di riconoscimento, posto che tali elementi incidono invece sulla attendibilità dell’esito della ricognizione; P. Tonini – C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p.294. In tema v. anche, S. Priori, *La ricognizione di persona: cosa suggerisce la ricerca psicologica*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p.1284.

In questo schema si inserisce anzitutto il riconoscimento informale dell'imputato in udienza.¹⁹³ Durante il codice Rocco, benché l'atto ricognitivo fosse già all'epoca dettagliatamente disciplinato, la giurisprudenza era attestata a ritenere utilizzabile ai fini decisori sia l'identificazione dell'imputato avvenuta in udienza senza l'osservanza delle disposizioni di cui all'art. 360 c.p.p. abr., sia l'identificazione fotografica, pur se svolta in spregio delle garanzie dettate dagli artt. 304-bis e 304-ter c.p.p. abr.¹⁹⁴ Si sosteneva infatti che, in ossequio al principio del libero convincimento, il giudice potesse trarre la prova dei fatti contestati all'imputato da ogni elemento che non fosse espressamente vietato.

Anche dopo l'entrata in vigore del vigente codice di procedura penale l'orientamento della giurisprudenza non è mutato: "*...In virtù dei principi della non tassatività dei mezzi di prova e del libero convincimento, i quali consentono il ricorso non solo alle cosiddette prove legali ma anche ad elementi di giudizio diversi, purché non acquisiti in violazione di specifici divieti, il giudice può attribuire concreto valore indiziante o probatorio anche alle ricognizioni informali o ai riconoscimenti fotografici ...*"¹⁹⁵

¹⁹³ In tema, cfr. M. Bontempelli, *La ricognizione*, cit., p.513 e ss.; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p.126 e ss.; G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p.629; A. Procaccino, *Prove atipiche*, in *La prova penale*, cit., p.289; A. Bernasconi, *La ricognizione di persone nel processo penale. Struttura e procedimento probatorio*, Giappichelli, 2003, p.203. Entro tale categoria vengono annoverati anche il riconoscimento fotografico dell'imputato, il riconoscimento di cose e il riconoscimento di voci da parte della persona offesa dal reato, di cui si dirà *infra*.

¹⁹⁴ Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p.126 e ss.; E. Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova*, cit., p.198 e ss.; C. Pansini, *Le ricognizioni nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 679 e ss. Già durante la vigenza del codice Rocco la dottrina si era detta però contraria a tale orientamento; *ex multis*; G. Bellavista - G. Tranchina, *Lezioni di diritto processuale penale*, 1987, p.326; A. Campo, *Appunti in tema di ricognizione e "ravvisamento"*, in *Cass. pen.*, 1994, cit., p.127 e ss.

¹⁹⁵ Cass., sez. V, 4 marzo 2003, in *Guida dir.*, 2003, n.25, p.84; conf., Cass., sez. V, 7 dicembre 2004, in *Guida dir.*, 2005, n.11, p.97.

Le critiche avanzate dalla dottrina sul tema non hanno, infatti, inciso sulle decisioni della Suprema Corte di Cassazione che, anzi, proprio sulla scorta del citato principio di libertà dei mezzi di prova desunto dall'art. 189 c.p.p. di nuovo conio, ha continuato a ritenere valido ed utilizzabile tale tipo di riconoscimento, assimilandolo ad un atto di identificazione diretta effettuato mediante una dichiarazione orale in sede di testimonianza¹⁹⁶ o al più qualificandolo come una prova atipica.¹⁹⁷ In pratica questo tipo di identificazione sarebbe catalogabile tra le prove atipiche, pur trovando il suo paradigma legale nella testimonianza. La discussione su questo strumento probatorio quindi dovrebbe incentrarsi non sulla sua ammissibilità quanto piuttosto sull'attendibilità del testimone che ha reso tale dichiarazione.

Prescindendo dal tentativo di legittimare normativamente l'evidente disapplicazione delle regole legali dettate in tema di ricognizione dagli artt. 213 e ss. c.p.p., la ricostruzione interpretativa proposta contiene in radice un vero e proprio ossimoro, poiché l'assimilazione dell'atto di identificazione diretta ad una dichiarazione testimoniale esclude *ex se* l'inserimento di questo atto nel catalogo delle prove atipiche. Non solo, come autorevolmente osservato, l'atto di identificazione diretta è in ogni caso ontologicamente e strutturalmente diverso rispetto alla ricognizione, la quale richiede un *quid pluris*, ovvero la capacità di distinguere il soggetto o l'oggetto da identificare tra un gruppo e quindi di effettuare un esame comparativo tra consimili. Del

¹⁹⁶ In tema, *ex multis*, Cass., 11 giugno 1992, in *Cass. pen.*, 1994, p.125. Nei medesimi termini; Cass., 10 aprile 1997, in *Cass. pen.*, 1998, p.1737; Cass., 18 luglio 1996, in *C.E.D. Cass.*, n.205986; Cass., 1 luglio 1994, in *C.E.D. Cass.*, n.198371; Cass., 19 marzo 1998, in *C.E.D. Cass.*, n.210089; Cass., sez. II, 22 novembre 2005, in *Guid. dir.*, 2006, n.21 p.61; Cass., sez. VI, 12 febbraio 2008, in *Arch. n. proc. pen.*, 2011, p.100, Cass., sez. III, 5 maggio 2010 in *Cass. pen.*, 2011, p.4393 secondo cui: " Il riconoscimento dell'imputato, effettuato in sede di incidente probatorio senza l'osservanza delle formalità prescritte per la ricognizione di persone, non è affetto da nullità né da inutilizzabilità...".

¹⁹⁷ sez. V, 13 gennaio 2010, n.18057, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2694; Cass., sez. I, 3 dicembre 2004, in *C.E.D. Cass.*, n.230781; Cass. sez. II, 10 giugno 2004, in *Cass. pen.*, 2006, p.2230; Cass., 17 agosto 2001, in *Guid. dir.*, 2001, n.44, p.91; Cass., sez. I, 22 luglio 2000, in *Guid. dir.*, 2000, n.8, p.111; Cass., 18 dicembre 2000, in *Guid. dir.*, 2001, n.7, p.70.

resto già nel vigore del precedente codice di procedura penale la dottrina più attenta aveva distinto la ricognizione intesa come scelta *de similibus ad similia* dal mero “ravvisamento”¹⁹⁸ Evidenti a questo punto le ragioni che hanno indotto la dottrina a criticare l’assimilazione del riconoscimento in udienza dell’imputato alla dichiarazione testimoniale. Una simile esegesi finirebbe infatti col legittimare, attraverso il richiamo ad una pretesa atipicità, l’acquisizione al processo di prove assunte senza il rispetto delle regole procedurali fissate dal legislatore.¹⁹⁹ Tale tipologia di riconoscimento appare dunque in contrasto con lo stesso principio di legalità processuale che impone il rispetto “*dell’ordine normativo precostituito dal legislatore che fa corrispondere ad ogni tipo di esigenza probatoria uno specifico mezzo per soddisfarla*”.²⁰⁰

Lapidarie sul punto le critiche di un insigne giurista: “... affermare.. che più di un mezzo di prova previsto dalla legge può essere ugualmente utile al medesimo tipo di accertamento vuol dire sostituire le proprie alle valutazioni del legislatore. Queste ultime vanno invece preservate riconoscendo che un mezzo di prova il quale, volendo soddisfare una certa esigenza probatoria, non presenti le note caratteristiche del modello disegnato dal codice proprio per rispondere a quella esigenza non è, per giudizio legislativo, utile all’accertamento dei fatti e pertanto non può essere ammesso, poco importando che esso presenti le note formali di un altro schema probatorio tipico. E’ chiara allora la conclusione di principio: un riconoscimento svolto secondo il modulo puramente testimoniale e, quindi, sottratto “in blocco” alla disciplina degli artt. 213 e 214 c.p.p. sulla base di un preteso canone di fungibilità o equivalenza funzionale delle forme probatorie dovrebbe dirsi inammissibile e dunque soggiacere ad

¹⁹⁸ cfr. G. Bellavista – G. Tranchina, *Lezioni di diritto processuale penale*, cit., p.326; A. Campo, *Appunti in tema di ricognizione e “ravvisamento”*, cit., p.127 e ss.

¹⁹⁹ Sul tema in dottrina, G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le << prove atipiche >> tra teoria e prassi*, cit., p.129; M. Tiberi, *Ricognizioni*, cit., p.1422; A. Melchionda, *Ricognizione e confronti*, in *Le prove*, cit., p.268; F. Zacchè, voce *La prova atipica*, in *Digesto del processo penale on-line*, cit.; M. Bontempelli, *La ricognizione*, cit., p.517.; A. Campo, *Appunti in tema di ricognizione e “ravvisamento”*, cit., p.132; O. Dominionì, *La prova penale scientifica*, cit., p.95.

²⁰⁰ In questi termini, S. Cavini, *Il riconoscimento informale*, cit., p.387.

un divieto probatorio, assistito dall'inutilizzabilità, a norma dell'art. 191 c.p.p., del dato eventualmente acquisito *contra legem*.”²⁰¹ La medesima dottrina ha sottolineato inoltre come l'esito di un riconoscimento dell'imputato effettuato in udienza dal teste sarebbe in ogni caso inutilizzabile ex art. 191 c.p.p., se provocato dalle parti, in quanto rientrante tra le domande suggestive vietate ex art. 499 comma 3 c.p.p.²⁰² Conclusione da condividersi benché residui il rischio che sia il giudice, attraverso eventuali domande poste ex art. 506 comma 2 c.p.p., a condurre il teste ad un tale riconoscimento. Anche poi laddove si volesse ricondurre questo tipo di identificazione deviata nello spazio di operatività dell'art. 189 c.p.p. si porrebbe l'ulteriore problema inerente la possibilità di disporre l'accompagnamento coattivo ex art. 490 c.p.p. dell'imputato, posto che proprio per evitare il rischio di essere riconosciuto questi potrebbe scegliere di assentarsi all'udienza dedicata alla testimonianza del potenziale ricognitore. La dottrina²⁰³ è comunque propensa ad ammettere tale possibilità, distinguendo i casi in cui l'imputato sia da considerarsi organo

²⁰¹ T. Rafaraci, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.*, 1998, cit. p.1744.

²⁰² A. Campo, *Appunti in tema di ricognizione e "ravvisamento"*, cit., p.130. Nei medesimi termini, T. Rafaraci, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, cit., p.1743; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p.130. *Contra*, di recente in giurisprudenza, *Cass.*, sez. I, 11 novembre 2010, in *Arch.n. proc. pen.*, 2012, p.229 che precisa come: "Il riconoscimento in udienza dell'imputato presente .. non viola il divieto di domande suggestive, dato che la ostensione della persona da riconoscere e la correlata percezione sensoriale del testimone non consistono in un enunciato verbale anticipatorio del contenuto della risposta".

²⁰³ G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge*, cit., p. 137; A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., p.73; A. Melchionda, *Ricognizioni e confronti*, in *Le prove*, cit. p.275; *Contra*, F. Plotino, *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1994, p.58 secondo cui l'accompagnamento coattivo potrebbe essere disposto solo per l'assunzione delle prove tipiche. Con riguardo alla possibilità di disporre l'accompagnamento coattivo dell'imputato per sottoporlo a ricognizione; A.M. Capitta, *Ricognizioni*, cit., p.219; N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p.356; P. Ferrua, *Sulla legittimità della ricognizione compiuta contro la volontà dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1990, p.653.

di prova, come tale parte attiva del processo, da quelli in cui, come nel caso di specie, sia oggetto di prova, e pertanto destinatario di alcuni atti a cui non gli sia consentito sottrarsi. Questo orientamento inoltre sarebbe confermato, secondo tali autori, dal fatto che l'art. 490 c.p.p. non distingue tra prove tipiche e atipiche, consentendo così che possa essere disposto l'accompagnamento coattivo dell'imputato anche nel caso di assunzione di una prova non disciplinata dalla legge²⁰⁴. Si ritiene peraltro che il comportamento ostruzionistico del riconoscendo verrebbe comunque ad inficiare la stessa attendibilità della ricognizione, pregiudicando il requisito previsto ex art. 189 c.p.p. di "*idoneità di tale mezzo di prova atipico ad accertare i fatti*", condizione già *ex se* di difficile soddisfazione, in ragione della intrinseca aleatorietà che caratterizza tale tipo di riconoscimento²⁰⁵. Da rilevare infine come lo stesso contraddittorio anticipato sulle modalità di assunzione della prova atipica imposto ex art. 189 c.p.p. risulti in concreto impraticabile poichè nella prassi l'identificazione in udienza dell'imputato è originata in via pressochè esclusiva da una dichiarazione spontanea e imprevedibile resa dal teste durante la deposizione testimoniale e forma con questa un *unicum* inscindibile che si sviluppa in progressione temporale tanto da comportare la totale commistione tra testimonianza e riconoscimento.

²⁰⁴ Sarebbe invece vietato imporre all'imputato l'adozione di un certo comportamento durante il riconoscimento (come indossare certi vestiti). M. Bontempelli, *La ricognizione*, in AA.VV., *La prova penale*, cit., p.491. Sul tema v. però Trib. Piacenza, 13 dicembre 1991, in *Cass. pen.*, 1993 p.448 che ha ritenuto utilizzabili gli esiti di una ricognizione personale coattiva in cui all'imputato erano state spostate con la forza le mani dal viso per dare esecuzione alla ricognizione. In merito, criticamente, v. anche A. Capitta, *Ricognizioni*, cit., p.220; A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., p.74.

²⁰⁵ Nello stesso senso M. Tiberi, *Ricognizioni*, cit., p.1427; E. Amodio, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova*, cit., p.8.

6. Il riconoscimento fotografico, di cose e di voci.

La prassi giudiziaria è attestata a ricondurre nella categoria degli atti ricognitivi atipici anche l'individuazione fotografica del soggetto nei cui confronti si procede effettuata in fase di indagini preliminari dalla polizia giudiziaria senza il rispetto delle formalità prescritte dalla ricognizione²⁰⁶.

²⁰⁶ In dottrina, *ex multis*, v. M. Bontempelli, *La ricognizione*, cit., p.517; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p.130; A. Bernasconi, *Il riconoscimento fotografico curato dalla polizia giudiziaria*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, cit., p.167 e ss. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., sez. V, 6 aprile 2011, n.19638, in C.E.D. Cass.,250193; Cass., sez. II, 16 gennaio 2006, in *Guid. dir.*, 2006, n.21, p.61; Cass., sez. IV, 8 ottobre 2003, in C.E.D. Cass, n.226722; Cass., 6 novembre 2000, in *Guid. dir.*, 2000, n.2, p.110; Cass., 26 giugno 1998, in C.E.D. Cass., n.210926; Cass., sez. I, 1 ottobre 1996, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p.243; Cass., 23 gennaio 1995, in C.E.D. Cass., n.200338; Cass., 22 aprile 1996, in C.E.D. Cass., 205026; conf., Cass., sez. VI, 23 gennaio 1996, in *Cass. pen.*, 1997, p.2513. Cass., 11 agosto 1993 in C.E.D. Cass., n.194474 che in tema di individuazione di persone o cose operata dal p.m. precisa: “ .. i risultati di detta attività, inseriti nel fascicolo del p.m. possono essere posti a fondamento di provvedimenti cautelari, essere valutati dal G.I.P. in sede di udienza preliminare, costituire prova in sede di giudizio abbreviato e, integrando nella sostanza sommarie informazioni assunte dal P.M., essere introdotte nell'istruzione dibattimentale con la procedura della contestazione nell'esame testimoniale”. Si noti che l'art. 361 c.p.p. limita tale possibilità, proprio perché atto non garantito, al caso in cui l'identificazione disposta dal p.m. sia necessaria per “l'immediata prosecuzione delle indagini”, esattamente come è precisato nell'art. 350 comma 5 c.p.p. in tema di sommarie informazioni rese dall'indagato alla polizia giudiziaria sul luogo e nell'immediatezza del fatto. Non è un caso che l'individuazione è atto per cui non devono osservarsi formalità particolari, essendo anzi attività documentabile solo in via riassuntiva ex art. 373 comma 3 c.p.p. Sul punto T. Rafaraci. *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, cit., p.1746; A. Bernasconi, *Il riconoscimento fotografico curato dalla polizia giudiziaria*, cit., p.170. Del resto era stata la stessa Corte Costituzionale, con sentenza n.265 del 1991, a precisare che” *l'individuazione è un puro atto d'indagine finalizzato ad orientare l'investigazione, ma non ad ottenere la prova, ben potendo il legislatore graduare l'assistenza difensiva in funzione del rilievo conferito all'atto che, si ripete, esaurisce i suoi effetti all'interno della fase in cui viene compiuto*” così respingendo la questione di legittimità costituzionale sollevata dal G.I.P. del Tribunale di Roma in riferimento agli artt. 24 Cost. e 364 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che la

In generale infatti la Suprema Corte di Cassazione, fuorviata dalla codificazione della possibilità di procedere a riconoscimento fotografico in fase di indagini, sia pure nell'ambito dell'individuazione ex art.361 commi 1 e 2 c.p.p., e facendo sempre leva sul principio di non tassatività dei mezzi di prova desunto dall'art. 189 c.p.p., ha in più occasioni ammesso - sulla stessa scia di quanto già ritenuto a livello giurisprudenziale durante la vigenza del codice Rocco²⁰⁷- che la P.G., in virtù del potere-dovere riconosciute ex artt. 55 e 348 c.p.p., possa procedere anche di propria iniziativa ad individuazione fotografica. E così attraverso una interpretazione degenerativa del dettato codicistico in tema di individuazione ex art. 361 c.p.p., atto finalizzato solo all'immediata prosecuzione delle indagini e dunque con valenza meramente endoprocedimentale, l'attività di riconoscimento curata dalla p.g. è stata ritenuta addirittura idonea ad incidere, se confermata, sulla decisione giudiziale²⁰⁸. Nonostante poi il fisiologico inquinamento ambientale in cui

disciplina ivi prevista si applicasse anche all'individuazione (art. 361 c.p.p.) a cui debba partecipare la persona sottoposta ad indagini.

²⁰⁷ Nel previgente codice di procedura penale la ricognizione per mezzo della fotografia era stata espressamente esclusa per il pericolo proprio di possibili falsificazioni dell'immagine. In questi termini la Relazione del Guardasigilli sul progetto definitivo del nuovo codice di procedura penale, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, 1930, p.50. La giurisprudenza era però attestata in senso contrario, Cass., sez. I, 11 giugno 1987, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989; Cass., sez. II, 7 dicembre 1985, in *Cass. pen.*, 1987. Sul punto, criticamente, durante il Codice Rocco, G. Tranchina, *Il valore probatorio del riconoscimento di persone mediante fotografia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p.1007; G. Pansini, *Le ricognizioni nel processo penale*, cit., p.682.

²⁰⁸ Cass., sez., II, 27 marzo 2008, in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, p.256. Cass., 23 novembre 2000, in *Guid. dir.*, 2001, n.2, p.108; Cass., sez. II, 13 maggio 2009, in *Guid. dir.*, 2009, n.46, p.63; Cass., sez. VI, 18 aprile 2003, in *Cass. pen.*, 2004, p.3327; Cass., sez. II, 29 marzo 2011, in *C.E.D. Cass.*, rv. 250081. La giurisprudenza infatti fa leva sull'ampia previsione di cui all'art. 348 c.p.p. secondo cui la p.g. raccoglie: "ogni elemento utile alla ricostruzione del fatto e alla individuazione del colpevole."

verrebbe operato tale tipo di riconoscimento ed il pericolo di “falsi positivi”²⁰⁹ è stata esclusa anche la necessità che l’individuazione fotografica venga inserita tra gli atti garantiti, poiché la certezza della prova non discenderebbe dall’identificazione in sé, quanto dall’attendibilità della dichiarazione resa da chi, esaminata la fotografia dell’imputato, si dica certo della sua identificazione²¹⁰. Tale forzatura esegetica si è spinta sino a ammettere che

²⁰⁹ Pericolo di recente riconosciuto in una pronuncia di merito: “una volta effettuato il riconoscimento di una persona i soggetti tendono a mantenerlo fermo anche in seguito, per una sorta di effetto di congelamento: nelle fasi successive del procedimento tenderanno a rifarsi al primo riconoscimento, piuttosto che all’esperienza originaria, con il pericolo del verificarsi di falsi positivi” Trib. Milano, 15 luglio 1998, in *Guid. dir.*, 1998, n.48, p.78.

²¹⁰ Durante l’istruzione dibattimentale infatti gli esiti di tale attività d’indagine atipica verrebbero introdotti attraverso la testimonianza di colui che ha proceduto al riconoscimento fotografico. Cass., sez. II, 28 febbraio 1997, in *Cass. pen.*, 1998, p.1737 con nota critica di T. Rafaraci, *Ricognizione informale dell’imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, cit.. Sulla stessa linea della decisione della Suprema Corte appena citata; Cass., sez. IV, 7 luglio 2000, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, p.83; Cass., sez. IV, 28 novembre 2003, in *Arch. n. proc. pen.*, 2004, p.676; Cass., sez. IV, 18 maggio 2005, in *Guida dir.*, 2006, n.2, p.110; Cass., sez. V, 10 febbraio 2009, in *Cass. pen.*, 2010, p.1590. Non sono mancate peraltro alcune isolate pronunce abbiano suggerito anche per le prove atipiche come quella in esame il rinvio, laddove possibile, alla procedura prevista per i mezzi di prova tipici, come appunto la ricognizione. Cass., 12 febbraio 1999 in *C.E.D. Cass.*, n.212467 secondo cui: “Nel caso di riconoscimento fotografico, attesa la ridotta efficacia rappresentativa del mezzo, dal punto di vista storico e spaziale, è opportuna l’adozione di cautele analoghe a quelle previste dagli artt. 213 e ss. c.p.p. ...Spetta poi al giudice verificare la correttezza dei criteri adottati da chi ha assunto l’atto nonché l’attendibilità del dichiarante e, in caso di dichiarazioni ricognitive plurime, la concordia esterna delle stesse e la compiutezza di ciascuna”. Nello stesso senso, Cass., sez. V, 26 novembre 1998, in *Giust. Pen.*, 2000, III, p.60. Qualora poi il riconoscimento fotografico non venga confermato dal teste in dibattimento, la giurisprudenza pare attestata a ritenere che: “Nel caso in cui l’individuazione fotografica non venga confermata dal teste in dibattimento, quest’ultima non può assumere un grado di persuasività e un adeguato valore dimostrativo tale da giustificare una pronuncia di penale responsabilità...” Ass., Milano, 26 novembre 2007, in *Foro Abr.*, 2007, p.475. Negli stessi termini, Trib. S.M. Capua Vetere, 16 maggio 2008, in *Guida dir.*, 2008, n.26, p.102, nonché Cass., sez. VI, 18 dicembre 1992, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p.812: “...il valore della ricognizione fotografica eseguita dalla polizia giudiziaria, per sé meramente indiziario, viene totalmente meno ove la ricognizione di persona successivamente disposta in incidente probatorio - e che ha validità di prova piena - dia esito negativo. Soltanto la dimostrazione

qualora emerga una discrasia tra le dichiarazioni rese dal teste in dibattimento ed il riconoscimento effettuato in fase di indagine, gli esiti dell'atto di individuazione ben possano essere utilizzati per le contestazioni nel corso dell'esame testimoniale.²¹¹ Così infatti si è espressa anche di recente la Suprema Corte di Cassazione:” ... una ragionevole interpretazione del sistema disegnato dall'art. 500 c.p.p. commi 1 e 2, impone di ritenere che le risultanze delle precedenti dichiarazioni, quando il loro legittimo utilizzo permetta di accertare l'inattendibilità della ritrattazione operata nel dibattimento, debbano prevalere su di essa e sostituirvisi nella formazione del compendio probatorio. Ciò vale sia per le

che tale esito negativo sia l'effetto di un mendacio potrebbe conservare valore indiziario al riconoscimento fotografico”. Alcune giurisprudenza è addirittura giunta ad ammettere la possibilità che, a conferma del riconoscimento svolto durante le indagini, potessero procedere, oltre al soggetto che abbia eseguito il riconoscimento, anche gli agenti occupatisi della materiale realizzazione di tale attività d'indagine. Cass., sez. II, 11 luglio 2007, in C.E.D. Cass., n.35583; Cass., 15 giugno 2001, in *Guid. dir.*, 2001, n.9, p.78; Cass., 7 luglio 2000, in *Guid. dir.*, n.8., p.113; Cass., sez. V, 24 ottobre 2002, in *Guida dir.*, 2003, n.10, p.86. Trib. Napoli, 15 aprile 2004, in *Guida dir.*, 2004, n.47, p.93. Contra, Trib. Napoli, 15 aprile 2004, in *Guida dir.*, 2004, n.47, p.93. In dottrina, Contrari ad ammettere una deposizione testimoniale volta a confermare una individuazione compiuta ex art. 361 c.p.p. in sede investigativa; E. Amodio, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1999, cit., p.7; A. M. Capitta, *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, cit., p. 210; M. Bontempelli, *La ricognizione*, cit., p.521.

²¹¹ Cass., sez. II, 30 marzo 2009, in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, p.231; Cass. sez. V, 21 ottobre 2010, in *Cass. pen.*, 2011, p.4383; Cass., sez. IV, 27 febbraio 2003, in *Gius. pen.*, 2003, III, c.736:” Qualora sussista discrasia tra l'esito della ricognizione fotografica eseguita davanti alla polizia giudiziaria e quello della ricognizione personale esperito nel corso del dibattimento, la possibilità di ritenere prevalente il primo sul secondo è subordinata alla ricorrenza delle condizioni indicate nell'art. 500 comma 4 c.p.p. e cioè alla sussistenza di elementi concreti per ritenere che il testimone sia stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso”. Circa la possibilità di procedere alle contestazioni anche in sede di ricognizione v., Cass., sez. IV, 2 marzo 2011, in *Arch. n. proc. pen.*, 2012, p.456. Con riferimento invece alla possibilità di utilizzare gli esiti di un riconoscimento effettuato in sede di indagine ai fini cautelari, in sede di giudizio abbreviato ed in udienza preliminare; *ex multis*, Cass., sez. II, 23 novembre 2004, in *Guida dir.*, 2005, n.2, p.95; Cass., sez. VI, 15 maggio 2007, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p.1291.

dichiarazioni di contenuto narrativo, sia anche per il riconoscimento informalmente operato nel corso delle indagini preliminari, stante il noto principio secondo cui detto riconoscimento costituisce un mezzo di prova atipico, il cui valore probatorio deriva non dalla ricognizione in senso tecnico ma dall'attendibilità di colui che ha effettuato il riconoscimento"²¹². Il preoccupante lavoro di artificioso smantellamento della normativa codicistica ha indotto la dottrina²¹³ ad intervenire a precisazione della diversa natura dell'atto di individuazione rispetto a quello dichiarativo, qui indebitamente sovrapposti, sottolineando come, all'esclusione della possibilità di usare gli esiti di una individuazione effettuata in sede di indagine per le contestazioni in dibattimento, debba giungersi proprio in ragione della non assimilabilità dell'atto di riconoscimento ad una dichiarazione testimoniale. Difetterebbe infatti il presupposto alla base dell'operatività dell'art. 500 comma 1 c.p.p., secondo cui il testimone debba aver già deposto "*sui fatti e sulle circostanze da contestare*". E' ben evidente a questo punto come la soluzione ermeneutica offerta dalla giurisprudenza altro non sia che una ulteriore testimonianza dell'uso disinvolto delle norme processuali penali a legittimazione di prassi devianti. Non è un caso che, nell'ambito della ricognizione un ruolo fondamentale sia riconosciuto al giudice - del tutto assente nel caso di identificazione fotografica dell'indagato in fase di indagine - , la cui funzione è infatti quella di garantire la "neutralità" delle condizioni ambientali nelle quali il ricognitore effettua il riconoscimento²¹⁴.

²¹² Cass., sez. IV, 24 settembre 2013, in *Guid. dir.*, 2013, n.47, p.88.

²¹³ M. Bontempelli, *La ricognizione*, cit., p.529; A. Bernasconi, *Il riconoscimento fotografico curato dalla polizia giudiziaria*, cit., p.180.

²¹⁴ M. Bontempelli, *La ricognizione*, cit., p.499; S. Cavini, *Il riconoscimento informale*, cit., p.839. Proprio l'incidenza negativa dell'individuazione dell'indagato in fase di indagine che ha sulla affidabilità della ricognizione ha portato il legislatore ad imporre al giudice di indicare a verbale ex art. 213 comma 1 c.p.p. durante gli atti preliminari alla ricognizione se il soggetto ricognitore sia stato già chiamato ad effettuare un riconoscimento ex art. 361 c.p.p. dal p.m. Diverso è invece il caso della cd. "*individuazione strettamente compenetrata con l'episodio criminoso*" compiuta dal soggetto poi sentito come testimone. In questo caso la dottrina è

Merita un breve accenno anche il riconoscimento atipico del corpo del reato o di altre cose pertinenti al reato, ovvero appunto quello effettuato sempre senza il rispetto delle formalità prescritte ex artt. 214 comma 3 e 215 c.p.p.²¹⁵ Anche in questo caso la giurisprudenza è concorde nel ritenere pienamente utilizzabile in dibattimento attraverso la dichiarazione del teste, quale atto di identificazione diretta, un riconoscimento di cose svolto senza le modalità della ricognizione, come per esempio della refurtiva da parte della p.o.²¹⁶ L'orientamento si fonda sulla considerazione che il danneggiato sia in grado di identificare l'oggetto in via diretta in ragione del possesso che ne abbia avuto. E' evidente che anche per tale fattispecie il tentativo della giurisprudenza sia quello di introdurre nella fase dibattimentale, attraverso l'assimilazione ad una dichiarazione orale, gli esiti di una attività compiuta in fase di indagine preliminare, in totale spregio del principio di separazione delle fasi del procedimento e del principio di formazione della prova in dibattimento.

A non difformi conclusioni deve pervenirsi con riguardo al riconoscimento di voce. Anche in questo caso la giurisprudenza²¹⁷ è

invece attestata a ritenere ammissibile una dichiarazione testimoniale avente ad oggetto tale circostanza; cfr., M. Bontempelli, *La ricognizione*, cit., p.520-521; E. Amodio, *Libero convincimento*, cit., p.7 e ss.

²¹⁵ M. Bontempelli, *La ricognizione*, cit., p.522.

²¹⁶ Cass., 9 giugno 1993, in *Cass. pen.*, 1995, p.664; Cass., 7 luglio 1994, in *Cass. pen.*, 1995, p.1293; Cass., 14 agosto 1996, in *C.E.D. Cass.*, 205832; Cass., sez. IV, 18 marzo 2004, in *Guid. dir.*, 2004, n.40, p.91. Sul punto, criticamente, R. Cantone, *Le ricognizioni informali di cose diventano atti irripetibili*, in *Cass. pen.*, 1995, p.1296; M. Bontempelli, *La ricognizione*, cit., p.524.

²¹⁷ Cass., sez. I, 21 ottobre 1991, in *Cass. pen.*, 1992, p.2161; Cass., 5 febbraio 1993, in *C.E.D. Cass.*, n.193498. In tema v.; A.M. Capitta, *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, cit., p.184; P. Felicioni, *Riconoscimento vocale condotta dalla polizia giudiziaria*, in A. Scalfati, *Le indagini atipiche* (a cura di), cit., p. 185. Da precisare come la ricognizione di voce costituisce secondo la giurisprudenza un indizio che può poi essere confermato anche da altri elementi, non necessariamente da una perizia fonica; Cass., sez. I, 20 settembre 2007, in *C.E.D. Cass.*, n. 238042; Cass., sez. II, 23 novembre 2004, in *C.E.D. Cass.*, n.229909; Cass., sez. II, 18 dicembre 2000, in *Guid. dir.*, 2001, n.7, p.69. Per l'identificazione vocale effettuata da un

concorde nel ritenere valida e processualmente utilizzabile l'individuazione dell'autore del fatto di reato per cui si procede attraverso la testimonianza di chi ne abbia identificato la voce pur senza il rispetto delle formalità prescritte per la ricognizione di voci, disciplinata dall'art. 216 c.p.p. che prevede appunto che la ricognizione possa avere ad oggetto: "*voci, suoni o quanto altro possa essere oggetto di percezione sensoriale*".²¹⁸ L'orientamento accolto dalla giurisprudenza testè citata si fonda sostanzialmente sulla considerazione per cui: "*..ogni persona possiede, sia pure in diversa misura, facoltà sensoriali, percettive, di fissazione e di evocazione della memoria che rendono possibile il riconoscimento di una persona attraverso la voce di essa, se a lei nota. Tale possibilità varia a seconda di alcuni fattori, tra i quali assumono primaria importanza la familiarità della voce, gli eventuali accorgimenti adottati da chi la emette per camuffarla, la durata del discorso udito*".²¹⁹ Dunque il riconoscimento che venga effettuato in fase di indagine venendo a coincidere con una attività dichiarativa, come le sommarie

esperto attraverso l'impiego di apparecchiature tecniche deve invece richiamarsi la disciplina sulla perizia, in questo caso fonica, posto che non vi sarebbe più identità tra il soggetto che esegue il riconoscimento vocale e quello che ha percepito il suono, circostanza qualificante la ricognizione di voce. M. Bontempelli, *La ricognizione*, cit., p.525. Sul punto, G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit. p. 559 che colloca la perizia fonica nella categoria delle nuove prove scientifiche con applicabilità dell'art. 189 c.p.p. I metodi di identificazione della voce mediante comparazione con un campione applicabili con perizia fonica sono quello parametrico, maggiormente affidabile e quello spettrografico. Vi è poi un sistema di riconoscimento automatizzato della voce, attraverso il confronto con campioni vocali denominato voice-print, la cui affidabilità è però ancora discussa poiché, basandosi sull'impiego di modelli statistici, può portare a falsi positivi.

²¹⁸ Quanto al rinvio da parte degli artt. 215 e 216 c.p.p. alle disposizioni di cui all'art. 213 c.p.p. "*in quanto applicabili*", autorevole dottrina ha osservato come sia stato introdotto un profilo di "*atipicità interna*" poiché tale disciplina << *apre a modelli assuntivi diversi da quelli tipici e demandati alla determinazione del giudice nel contraddittorio delle parti*>> O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., 109; M. Bontempelli, *La ricognizione*, in AA.VV., *La prova penale*, cit., p.523.

²¹⁹ Cass., sez. I, 21 ottobre 1991, in *Cass. pen.*, 1992, cit., p.2161. Evidenzia peraltro le difficoltà che accompagnano tale forma di ricognizione, soprattutto laddove vi sia necessità di decifrazioni gergali e dialettali, A. Melchionda, *Ricognizioni e confronti*, cit., p.281.

informazioni rese dal soggetto a conoscenza dei fatti, dovrebbe trovare ingresso nel dibattito, secondo tale ricostruzione ermeneutica, attraverso la testimonianza del soggetto che abbia proceduto all'individuazione, mentre sarebbe pienamente utilizzabile nelle fasi precedenti o escludenti l'istruzione dibattimentale²²⁰. Come è del tutto evidente ancora una volta ci si trova in presenza del tentativo di catalogare come "atipica" una prova in realtà "anomala", perché attraverso un mezzo di prova tipico, ovvero la testimonianza, si tende ad ottenere il risultato di un altro mezzo di prova tipico, la ricognizione. Peraltro di recente la Suprema Corte di Cassazione ha ribadito il proprio orientamento, affermando la legittimità del riconoscimento della voce dell'indagato effettuato dalla persona offesa in sede di indagine.²²¹ Tale orientamento si fonda sostanzialmente sulla considerazione della fisiologica atipicità degli atti di indagine, confermata dall'art. 348 c.p.p. che prevede come la polizia giudiziaria abbia il potere-dovere di compiere tutte le indagini ritenute necessarie alla ricostruzione del fatto storico e alla scoperta del colpevole. Questo accertamento oltretutto non inciderebbe sulla libertà di autodeterminazione del soggetto sottoposto e quindi non richiederebbe, per il suo espletamento, la partecipazione obbligatoria del difensore. Poiché però l'atipicità di un atto non può mai comportare effetti pregiudizievoli per i diritti costituzionalmente garantiti si rende opportuna una breve verifica dell'incidenza che una eventuale richiesta o sollecitazione dell'indagato a collaborare, esprimendosi vocalmente, effettuata dalla polizia giudiziaria possa avere sul diritto alla libertà personale, inteso nell'accezione di libertà morale o sul diritto di difesa. Tale evenienza è stata esclusa nella suddetta sentenza della Suprema Corte sulla base di due argomentazioni: la prima inerente la non assimilabilità di tale atto alle sommarie informazioni che ex art. 350 c.p.p. che prevederebbero l'assistenza difensiva e la seconda relativa alla

²²⁰ Sul punto, *ex multis*, Cass., 12 gennaio 1996, in C.E.D. Cass., n.203906.

²²¹ Cass., sez. II, 2 ottobre 2012, in *Proc. pen. giust.*, 2013, p.40 con nota di P. Felicioni, *Riconoscimento della voce e indagini atipiche della polizia giudiziaria: la tutela dell'autodeterminazione dell'imputato*.

esclusione di qualsivoglia metodo coercitivo che, unico, potrebbe dirsi incidente sulla libertà di autodeterminazione dell'indagato. L'ermeneusi offerta però non convince. Anzitutto l'esclusione del rinvio alla disciplina più garantita appare scelta effettuata dal legislatore solo per quegli atti investigativi la cui valenza rimanga endoprocedimentale. Poiché invece il riconoscimento informale di voci risulta necessariamente indagine non utilmente ripetibile, come tale di facile ingresso in dibattito, non può che concordarsi con quella dottrina che ritiene assolutamente indispensabile l'applicazione di una disciplina che garantisca all'indagato l'assistenza difensiva, come potrebbe essere quella ispirata all'art. 114 disp. att. c.p.p.²²² Se poi è vero che la richiesta di collaborazione rivolta all'indagato porti formalmente ad escludere una attività di "coercizione" della sua capacità di autodeterminazione, residua il dubbio che un possibile pregiudizio alla libertà morale possa ravvisarsi nel contesto ambientale "non protetto" in cui si darebbe esecuzione all'identificazione vocale.²²³

²²² P. Felicioni, *Riconoscimento vocale condotto dalla polizia giudiziaria*, cit., p.198 .

²²³ Sebbene l'art. 188 c.p.p., da leggersi in connessione con l'art. 24 Cost., sembrerebbe applicabile solo ad atti in cui vi sia un rapporto dialogico tra indagato e autorità giudiziaria, ovvero solo per atti a contenuto dichiarativo, potrebbe ipotizzarsene l'operatività anche al riconoscimento vocale poiché atto che comporta comunque un contatto con l'autorità giudiziaria, con la conseguenza che il diritto a non autoincriminarsi sarebbe certamente pregiudicato qualora, come nel caso di specie, l'indagato non sia posto nella possibilità di conoscere il potenziale impiego dell'atto di indagine cui è sottoposto e non sia assistito da un difensore. In questi termini, P. Felicioni, *Riconoscimento vocale condotto dalla polizia giudiziaria*, cit., p.206.

7. *La prova dattiloscopica.*

La dattiloscopia può essere definita come la scienza che si occupa dell'analisi delle creste digitali e papillari²²⁴ ed è una tecnica di indagine di elevata specializzazione utilizzata nel processo penale per l'identificazione dell'autore del reato.

Il tema inerisce la prova atipica in ragione del fatto che il vigente codice di procedura penale tratta dei rilievi dattiloscopici solo per finalità di identificazione della persona sottoposta ad indagini ex art. 349 c.p.p. Parte della dottrina ha dunque evidenziato come l'inquadramento normativo della prova dattiloscopica entro tale disposizione appaia insoddisfacente, in ragione della diversità finalistica dei due ambiti in cui verrebbe ad incidere tale indagine²²⁵. Anche peraltro a voler ancorare la disciplina della prova dattiloscopica nella previsione tipizzata di cui all'art. 349 c.p.p., residuerebbe un profilo di atipicità interna, poiché tale disposizione, pur prevedendo che l'identificazione del soggetto nei cui confronti vengono svolte le indagini avvenga anche tramite rilievi dattiloscopici, non ne disciplina puntualmente le modalità di svolgimento²²⁶. Per tali ragioni, quale attività di indagine atipica, sembrerebbe più appropriato applicare le disposizioni di cui all'art. 189 c.p.p.

²²⁴ Le creste digitali (ovvero dei polpastrelli) e quelle papillari (ovvero del palmo della mano) sono qualificabili come: "sporgenze dermiche che ricoprono la superficie interna delle mani e quella plantare degli arti inferiori" così espressamente, G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p. 175. La prima classificazione delle impronte risale al 1885-1890 ad opera di Francis Galton.

²²⁵ In questo caso infatti i rilievi dattiloscopici sarebbero finalizzati all'identificazione del soggetto indagato e non all'identificazione del soggetto che ha lasciato le impronte sul luogo del reato. G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p.186; M. Vessichelli, *Sulla possibilità della polizia giudiziaria di effettuare di propria iniziativa raffronti tra impronte digitali*, in *Cass. pen.*, 1992, p.694. Tale distinzione suscita dei dubbi in ragione del fatto che le due finalità evidenziate non possono che essere interconnesse tra loro.

²²⁶ G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p.550.

con conseguente necessità del preliminare vaglio sulla affidabilità del metodo scientifico utilizzato e della non lesività dello stesso della libertà morale del soggetto.²²⁷ Ed è proprio la complessità del procedimento acquisitivo la ragione per cui, nonostante la diffusa utilizzazione di tale tecnica d'indagine, non trova risposta univoca il dibattito sorto in merito all'inquadramento sistematico da riconoscere alla prova dattiloscopica, che si caratterizza per la natura bifasica. Tale tecnica d'indagine si sviluppa infatti in due momenti distinti, quello di rilevamento delle impronte²²⁸ e quello, successivo, di confronto delle impronte acquisite con quelle della persona nei cui confronti si procede. La prima operazione, consistente appunto nella ricerca e nel prelievo dell'impronta, viene generalmente ricondotta all'attività di assicurazione delle fonti di prova, tipica della polizia giudiziaria (ex artt. 55, 348, 349 c.p.p.) In particolare l'art. 348 comma 2 lett. a) c.p.p. prevede che la P.G. proceda fra l'altro: "...alla ricerca delle cose e delle tracce pertinenti al reato nonché alla conservazione di esse e dello stato dei luoghi". Sulla base di tale rilievo Autorevole dottrina²²⁹ ha sostenuto che, per l'attività di rilievo delle impronte che non abbia il carattere dell'urgenza, come nel caso in cui sia possibile la refertazione

²²⁷ In questi termini, A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., p.243; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge*, cit., p.186; G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p.550.

²²⁸ Le impronte sono qualificabili in tre diversi modi: le "impronte visibili" sono quelle prodotte dal contatto del derma con una superficie ricoperta di qualche materiale, (come ad es. sostanza ematica) oppure quelle prodotte dall'asportazione di sostanze dalla superficie con cui il derma viene in contatto (es. polvere). Le "impronte modellate" sono invece quelle che vengono in contatto con sostanze malleabili ed infine le "impronte latenti" sono quelle provocate dal deposito di sostanze prodotte dal derma (es. sudore) su una superficie.

²²⁹ G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p.555. Secondo l'Autore pertanto l'attività di refertazione delle impronte digitali dovrebbe effettuarsi nel rispetto del contraddittorio e di tutte le garanzie difensive. Altra dottrina, al contrario, ritiene che l'attività di individuazione delle impronte e di rilevamento dovrebbe ricondursi alla disciplina dell'art. 354 comma 2 c.p.p., quale operazione di natura meramente materiale, irripetibile ed utilizzabile come prova in sede dibattimentale. G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p.181; M. Vessichelli, *Sulla possibilità della polizia giudiziaria di effettuare di propria iniziativa raffronti tra impronte digitali*, cit., p.694; A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., p.241.

dell'oggetto su cui l'impronta si trova, debba applicarsi l' art. 359 c.p.p., non potendosi parlare di attività tecnicamente irripetibile. Di segno opposto la Suprema Corte di Cassazione²³⁰ che ha invece evidenziato come tale attività vada ricondotta nell'alveo della disciplina dettata dall'art. 354 comma 2 c.p.p., in quanto operazione urgente, non ripetibile, diversa da quella di carattere tecnico valutativo presupposta per l'applicazione dell'art. 359 c.p.p. Fronti opposti permangono anche con riferimento alla successiva attività di comparazione delle impronte digitali con quelle del soggetto sottoposto ad indagine. Se per alcuni autori²³¹ la fase comparativa dei reperti è da considerarsi attività di carattere valutativo su base tecnico-scientifica da eseguirsi nel rispetto del contraddittorio tra le parti, la giurisprudenza²³² è invece ancora una volta propensa ad annoverarla tra le operazioni urgenti non ripetibili autorizzate ex art. 354 comma 2 c.p.p., con conseguente piena utilizzabilità del verbale inerente le operazioni di comparazione delle impronte, inserito nel fascicolo del dibattimento ex art. 431 lett. b) c.p.p.: "*.....gli accertamenti dattiloscopici non hanno carattere né formale né sostanziale di perizia, esauendosi nel rilevamento di impronte su oggetti e nel raffronto di esse con quelle già in possesso della polizia, e quindi, in concreto, nell'accertamento di dati obbiettivi che non presuppone una indagine che debba essere sorretta da particolari cognizioni tecnico-scientifiche. Tali accertamenti rientrano nell'ambito dell'attività di indagine di iniziativa della polizia giudiziaria e, trattandosi di atti irripetibili, legittimamente vengono inseriti nel fascicolo per il dibattimento, assumendo così valore probatorio*".²³³ Tale orientamento si fonda sulla considerazione della sostanziale inscindibilità

²³⁰ Cass., sez. II, 5 giugno 2003, in C.E.D. Cass., n.225170; Cass., sez. V, 20 novembre 2000, in Guid. dir., 2001, n.2, p.105.

²³¹ G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 556 e ss.; A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., p.240; E. Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, cit., p.197; Vessichelli Maria, *Sulla possibilità della polizia giudiziaria di effettuare di propria iniziativa raffronti tra impronte digitali*, cit., p.694.

²³² Cass., sez. V, 17 marzo 2004, in *Foro it.*, 2005, II, p.244; Cass., 10 dicembre 1996, in Guid. dir., 1997, n.8, p.85; Cass., 7 maggio 1999, in C.E.D. Cass., n.213311.

²³³ Così Cass., 10 dicembre 1996, cit., p.74.

delle due fasi di indagine, entrambe qualificabili non come attività tecnico-scientifica ma solo come accertamento di dati obbiettivi. Le divergenze sul procedimento acquisitivo della prova dattiloscopica così sommariamente descritto si riverberano naturalmente anche sull'affidabilità e sul peso probatorio da assegnarsi a tale tecnica investigativa. L'orientamento più risalente della Suprema Corte di Cassazione riteneva infatti sicura l'identificazione del soggetto nel momento in cui tra le impronte comparate vi fosse la coincidenza di almeno sedici/diciassette punti caratteristici uguali per forma e posizione.²³⁴ Alla teoria statistico – matematica basata appunto solo sul calcolo delle probabilità di identità delle impronte digitali, è stata peraltro affiancata, in seguito, la necessità che l'identità numerica dei punti delle creste papillari sia associata ad una valutazione di tipo qualitativo delle stesse, volta a ricercare eventuali analogie nella morfologia generale dell'impronta.²³⁵ Proprio il fatto che alla base di tale tecnica d'indagine vi siano solo leggi probabilistiche ha alimentato l'ipotesi dell'inquadramento sistematico della prova dattiloscopica nel novero delle prove atipiche. In questo senso infatti, il rinvio alla disciplina della perizia per l'acquisizione del risultato dell'accertamento in sede dibattimentale, non escluderebbe il carattere "atipico" di tale mezzo di ricerca della prova nella doppia veste di atipicità dell'indagine dattiloscopica non finalizzata alla mera identificazione del soggetto nei cui confronti si procede e di atipicità del procedimento accertativo, costituito appunto dal prelievo dell'impronta e dalla sua analisi comparativa.²³⁶

²³⁴ Cass., sez. I, 17 aprile 2008, in *Cass. pen.*, 2009, p.3939; Cass., sez. V, 26 maggio 2005, in *Cass. pen.*, 2006, p.2910; Cass., sez. IV, 2 febbraio 1989, in *Cass. pen.*, 1990, p.1553; Cass., sez. II, 8 maggio 1986, in *Cass. pen.*, 1988, p.144; Cass., sez. II, 19 ottobre 1970, in *Cass. pen. mass.*, 1972, p.359. Tali decisioni si fondavano sulla teoria quantitativistica elaborata da Balthazard.

²³⁵ Sul tema, cfr. G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., p.184 e ss.

²³⁶ G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 558-559. Non sarebbe in questo caso sufficiente l'osservazione che la previsione dell'art. 349 c.p.p. debba essere letta unitamente al combinato disposto degli artt. 357 c.p.p. e 115 disp. att. c.p.p. i quali disegnano, seppur sommariamente,

Ad avviso di chi scrive deve invece escludersi il richiamo per la prova dattiloscopica della disciplina di cui all'art. 189 c.p.p. poiché, quale strumento già accreditato nella comunità scientifica, è certamente qualificabile come prova scientifica "comune", per la quale non trova dunque operatività la citata disposizione, valida solo per gli strumenti probatori "nuovi o controversi".²³⁷

le modalità di svolgimento e di documentazione delle attività di indagine dirette alla assicurazione delle fonti di prova.

²³⁷ O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, 2005, cit., p.83 e ss. Tra le prove scientifiche "comuni" deve annoverarsi anche l'autopsia disciplinata in termini generali dall'art. 116 disp. att. c.p.p. Anche con riferimento alla tecnica di indagine nota come BPA (*Bloodstain pattern analysis*) vi sono opinioni contrastanti circa l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 189 c.p.p. Questa può definirsi come una tecnica scientifica che consente di ricostruire la dinamica con cui si è sviluppata l'azione delittuosa attraverso l'analisi della posizione e morfologia delle macchie ematiche presenti sul luogo. Tale attività di indagine si compone anch'essa di due momenti distinti ma interconnessi: la fase della rilevazione e refertazione delle tracce ematiche e quella successiva, di natura più propriamente valutativa, inerente l'esame della collocazione di queste nell'ambito della scena del crimine e la ricostruzione delle modalità di accadimento del fatto di reato. Sul piano giuridico a chi riconduce la *Blood pattern analysis* alla disciplina di cui all'art. 354 comma 2 c.p.p., rientrando appunto in quella attività di assicurazione delle fonti di prova consentita anche alla P.G., si oppone un altro orientamento più garantista che, in ragione della ulteriore attività valutativa dei dati raccolti che caratterizza tale tipologia di indagine, riconduce la BPA nella diversa categoria degli accertamenti tecnici irripetibili, con la conseguente applicazione della disciplina prevista dall'art. 360 c.p.p., che tra l'altro consentirebbe alla parte di ricorrere all'incidente probatorio ex art. 392 c.p.p. per ottenere che tale attività valutativa venga svolta attraverso una perizia. (E. Aprile, *Le indagini tecnico-scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p.4034). Dal punto di vista dogmatico è discusso l'inquadramento della metodica *de qua* nell'alveo delle prove atipiche. Posto infatti il carattere di assoluta novità della tecnica d'indagine in esame, Autorevole dottrina si dice orientata a ritenere applicabile la disciplina di cui all'art. 189 c.p.p., con conseguente vaglio preliminare sulla idoneità e affidabilità del metodo scientifico tecnico utilizzato alla ricostruzione del fatto di reato. (O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p.102). Di segno opposto altri autori che, diversamente, ne hanno sostenuto la totale

Tale tecnica scientifica rimane pertanto soggetta alle ordinarie regole in tema di prova dettate dal sistema.

ric conducibilità alla perizia, orientamento quest'ultimo seguito anche dalla Suprema Corte di Cassazione, che recentemente ha appunto ricondotto la BPA nel *genus* della prova peritale. (F. Caprioli, *Scientific evidence e logiche del probabile nel processo per il "delitto di Cogne"*, cit., p.1872). In giurisprudenza, Cass., sez. I, 21 maggio 2008, in *Cass. pen.*, 2009, p.1840 che ha precisato appunto come non si verta in tema di prove atipiche nel caso in cui l'accertamento da svolgersi con perizia sia connotato da aspetti innovativi: " *non essendo il possibile oggetto della perizia circoscritto, predeterminato o tipizzato dalla legge (salvo alcuni casi predeterminati dalla legge come la perizia psichiatrica e nummaria) e potendo, quindi, l'indagine riguardare i più diversi campi e discipline , la natura particolare ed inconsueta degli accertamenti non vale a determinare la traslazione al novero delle prove atipiche*". Sul tema v. anche P.P. Rivello, *La prova scientifica*, cit., p. 118; L. D'Auria, *Blood pattern analysis e ragionamento del giudice*, in *Gius. Pen.*, 2006, c.220.

8. *Le investigazioni informatiche: perquisizioni online, acquisizione della prova digitale e sequestro di corrispondenza.*

L'innegabile incidenza nella pratica investigativa di operazioni volte ad esplorare un sistema informatico e la rilevanza probatoria dei documenti digitali ivi acquisibili²³⁸ impone la trattazione in questa sede anche di quegli strumenti di indagine che si caratterizzano per elevata tecnicità e per atipicità sistematica²³⁹. Il pensiero corre, naturalmente, alle perquisizioni *online*; mezzo

²³⁸ Autorevole dottrina definisce le prove informatiche come: "... prove scientifico-tecnologiche recanti un apporto di tipo storico al ragionamento probatorio sulla base di elementi diretti dell'illecito, individuabili in file, "documenti tecnico-informatici". Così, F. Novario, *Le prove informatiche*, in P. Ferrua - E. Marzaduri - G. Spangher (a cura di) , *La prova penale*, Giappichelli, 2013, p.123. Secondo poi quando previsto dall'art. 1 lett. p) del decreto legislativo 7.3.2005 n.82 (Codice dell'Amministrazione digitale) si definisce documento informatico qualsiasi " *rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*" e dunque qualsiasi file avente un quid rappresentativo: un testo, un'immagine, un suono e persino le e-mail. La legge 18.3.2008 n.48 di ratifica della Convenzione di Budapest del 2001, ha poi provveduto a porre fine al contrasto esistente in tema, in ragione della compresenza, accanto alla definizione citata, di una diversa definizione di documento informatico che era quella incorporata nell'art. 491-bis c.p. che faceva invece riferimento alla materialità del supporto informatico. In merito, L. Picotti, *La ratifica della convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p.701.

²³⁹ Questa circostanza ha dato avvio allo sviluppo di quella branca delle scienze forensi nota come "computer forensics" (nata nel 1984 negli USA), scienza dedita alla preservazione e all'analisi dei dati raccolti nei sistemi informatici. Nell'ambito di questa convivono due sottocategorie: *computer generated evidence* e *computer derived evidence*. Con l'accezione *computer generated evidence* si intende il caso in cui lo strumento informatico venga impiegato, attraverso una simulazione virtuale, per la dimostrazione delle modalità in cui si è verificato un fatto processualmente rilevante, mentre la *computer derived evidence* concerne l'ipotesi in cui il dato digitale costituisca *ex se* una prova. In tema, ampiamente, L. Luparia – G. Ziccardi, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milano, 2007, p.145 e ss.; F. Sbisà, *Cenni sul computer come strumento di prova nel processo penale*, in *Foro ambr.*, 2000, p.98; A. Ghirardini - G. Fagioli, *Computer forensics*, Milano, 2007, p.2; id., *Digital forensics*, Milano, 2013, p.2; G. Ziccardi, *Informatica giuridica. Privacy, sicurezza informatica, computer forensics e investigazioni digitali*, Giuffrè, 2008, p.294.

di ricerca della prova finalizzato sia alla acquisizione di dati precostituiti, ovvero già salvati sul computer, sia alla captazione di flussi di dati in modalità dinamica ²⁴⁰. Stante infatti l'incidenza delle *online searches* su diritti di rango costituzionale²⁴¹ non è più rinviabile l'esigenza di inquadrare

²⁴⁰ In tema, S. Aterno, *Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale*, in *Giur. mer.*, 2013, vol. II, p.955 e ss.; S. Marcolini, *Le cosiddette perquisizioni online (o perquisizioni elettroniche)*, in *Cass. pen.*, 2010, p.2857; id., *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, cit.; M. Trogu, *Sorveglianza e "perquisizioni" on-line su materiale informatico*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2014, p.431; E. Aprile, voce *Captazioni atipiche (voci, immagini, segnali)*, in A. Scalfati (diretto da), *Dig. proc. pen. on line*, Giappichelli, 2012. Il monitoraggio del sistema informatico avviene tramite l'istallazione, in locale a mezzo di uno sniffer o in remoto con l'invio attraverso una mail, di un cd. Trojan, ovvero di un programma con funzionalità conosciute ma che crea in maniera occulta un collegamento diretto tra il computer su cui viene installato e quello remoto che ne prende il controllo. Con tale software collegato al p.c. del controllato è possibile perquisire ed ottenere copia dell'hard disk, monitorare i siti web visitati, decifrare ciò che viene digitato sulla tastiera del pc, acquisire mail ed addirittura attivare periferiche audio o video per controllare il luogo in cui è posizionato il computer.

²⁴¹ L'accesso ad un sistema informatico è infatti suscettibile di ledere i diritti della persona su più profili, da quello della libertà e segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.), alla inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.), sino alla tutela della riservatezza art. 2 Cost.. Tali diritti appaiono ancora più pregiudicati se si considera che un sistema informatico potrebbe essere usato da più persone in modo promiscuo, così che potrebbe accadere che venga monitorato anche un soggetto non indagato che utilizzi lo stesso computer di quello sottoposto ad indagine. Proprio per la loro intrusività la dottrina esclude che a tale tipo di indagine possa procedere il difensore con indagini difensive o anche un privato; S. Marcolini, *Le cosiddette perquisizioni online (o perquisizioni elettroniche)*, cit., p.2857. La giurisprudenza si è pronunciata sul tema delle perquisizioni *online* con due decisioni. La prima inerente un caso in cui il p.m. aveva disposto ex art. 234 c.p.p. l'acquisizione, attraverso un captatore informatico, di *files* esistenti su un computer e di registrazione di *files elaborandi*. La Corte ha respinto le contestazioni difensive inerenti la necessità che si dovesse applicare anche per tale tecnica la disciplina delle intercettazioni informatiche, sostenendo come non si trattasse di comunicazione ma di " una relazione operativa tra microprocessore e video del sistema elettronico, ossia un flusso unidirezionale di dati sconfinato all'interno dei circuiti del personal computer". Parimenti è stata esclusa in detta decisione la sussistenza di alcuna violazione dell'art. 14 Cost., poiché in quel caso il computer, secondo la Corte, non si trovava ubicato all'interno di

normativamente l'istituto²⁴², a maggior ragione considerate le potenzialità investigative di questa modalità di indagine, di cui si è assunta consapevolezza anche livello di Unione Europea, come emerge dalle

un luogo di privata dimora. Cass., sez. V 14 ottobre 2009 in *C.E.D. Cass.*, n.246954. In senso critico, F. Iovene, *Le cd. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, cit., p.16; S. Aterno, *Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale*, in *Giur. merito*, 2013, p.955. L'altra decisione della Corte di Cassazione avente ad oggetto tale tecnica investigativa è quella inerente al caso Ryanair, avente ad oggetto la perquisizione disposta ex art. 247 c.p.p. ed il sequestro delle credenziali di accesso al sistema online di prenotazione dei voli. Con detta pronuncia invece la Suprema Corte ha confermato l'annullamento da parte del Tribunale del riesame del decreto di perquisizione emesso dal p.m. in ragione della non ammissibilità di provvedimenti generici, che consentirebbero un indefinito monitoraggio del sistema informatico a carattere meramente esplorativo. Così, Cass., sez. IV, 17 aprile 2012 in *Cass. pen.*, 2013, p.1523. In merito alla insidiosità di tali tecniche investigative v. anche Cass., sez. II, 9 dicembre, 2011, in *Cass. pen.*, 2012, 2999; Cass., sez. I, 16 febbraio 2007, in *Cass. pen.*, 2008, p.2946. Sul tema si veda anche M. Daniele, *Intercettazioni ed indagini informatiche*, in R.E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p.323 e ss. che sottolinea come le prove digitali e tra esse anche i dati di traffico telefonico o telematico (di cui alla direttiva 2006/24/CE recepita dall'Italia con d.lgs. n. 109/2008) conservate dai fornitori dei relativi servizi abbiano notevole incidenza sul diritto alla riservatezza tutelato oltre che dall'art. 2 Cost. anche dall'art. 8 CEDU. Non è un caso che sia di recente intervenuta la Corte di giustizia dell'unione europea con pronuncia del 8 aprile 2014 che ha dichiarato contraria ai diritti fondamentali proprio la direttiva europea 2006/24 sulla cd. "data retention" (Corte di giustizia UE, sent. 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland Ltd. , C-293/12 e C-594/12).

²⁴² Autorevole dottrina ha sottolineato come nei lavori preparatori delle Model Rules elaborate dall'Università del Lussemburgo per l'istituendo Pubblico Ministero Europeo emerga che per quanto riguarda le misure di *surveillance*, nel cui ambito rientrano anche le *online searches*: " ..l'unico elemento che pare accomunare le legislazioni nazionali è l'assenza di una disciplina puntuale", ciò nonostante il tentativo di armonizzazione dei sistemi processuali nazionali verso cui si sta muovendo l'Unione Europea; cfr., S. Allegrezza, *Le misure coercitive nelle << Model Rules for the Procedure of European Public Prosecutor's Office>>*, in F. Ruggeri, T. Rafaraci, G. Di Paolo, S. Marcolini, R. Belfiore (a cura di), *Processo penale, lingua e Unione Europea*, Padova, 2013, p.151 e ss. Sulla istituzione della Procura Europea, S. Allegrezza, *Verso una Procura Europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Idee di ieri, chances di oggi, prospettive di domani*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 31 ottobre 2013.

Conclusioni del Consiglio europeo del 27.11.2008, che contengono un espresso invito agli Stati membri ad agevolare le perquisizioni a distanza ²⁴³.

L'analisi di questo strumento d'indagine anche nell'ottica della sua compatibilità con i diritti fondamentali dell'individuo come salvaguardati a

²⁴³ Tali conclusioni si trovano pubblicate in G.U.U.E., 17 marzo 2009, C 62/16. Nella stessa direzione il *considerandum* 27 della Direttiva sulla lotta alla pedopornografia di cui alla l. n.269/1998 (Direttiva 2011/92/UE) che auspica che gli Stati membri mettano a disposizione dell'Autorità inquirente strumenti investigativi efficaci << tra cui controlli a distanza anche con uso di strumenti elettronici di sorveglianza tenuto conto del principio di proporzionalità e del carattere e della gravità dei reati oggetto di indagine>>. In Europa, la possibilità di utilizzare uno specifico software per condurre attività di monitoraggio segreto di un sistema informatico è stata prevista per la prima volta in Germania, nel Land Nord Rhein Westfalen, attraverso una modifica della Legge sulla protezione della Costituzione del Land. Anche prima di tale modifica legislativa però la dottrina e la giurisprudenza tedesche si erano interrogate sulla compatibilità con i principi costituzionali di un tale tipo di attività investigativa. Nel 2008 è infine sul tema intervenuta la Corte costituzionale tedesca che ha dichiarato la predetta normativa incostituzionale in quanto ritenuta in contrasto con i principi di proporzionalità e determinatezza, ma non ha escluso l'ammissibilità in generale delle perquisizioni informatiche. La Corte ha infatti ravvisato in tale decisione un deficit di tutela di alcuni diritti fondamentali (la segretezza delle telecomunicazioni, l'inviolabilità del domicilio e il diritto alla autodeterminazione informativa) ed ha preso atto dell'esistenza di un nuovo diritto di rango costituzionale: " il diritto alla segretezza e integrità dei sistemi informatici", necessitante di una tutela ulteriore e rafforzata rispetto a quella che potrebbero garantirgli le ordinarie disposizioni costituzionali in tema di diritto alla segretezza delle telecomunicazioni e all'autodeterminazione informativa. La Corte costituzionale tedesca ha dunque stabilito che tale nuovo diritto possa essere compresso da operazioni investigative solo se giustificate da una finalità di repressione dei reati e a condizione che siano rispettati il principio di proporzionalità e la riserva di giurisdizione, con conseguente necessità che vi sia un provvedimento autorizzativo del giudice (BVerfG, 27 febbraio 2008, BVerfGE 120, p. 274 e ss.) In tema si veda, R. Flor, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla cd. Online Durchsuchung. La prospettiva delle investigazioni ad alto contenuto tecnologico e il bilanciamento con i diritti inviolabili della persona. Aspetti di diritto penale sostanziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, p.697. In tema, anche con riferimento alle proposte di codificazione delle perquisizioni online avanzate in Olanda ed in Spagna; F. Iovene, *Le cd. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, cit., p.3.

livello nazionale e sovranazionale deve dunque partire dalla verifica del suo possibile inquadramento in un parametro legale già esistente. Da un primo esame emerge che tale mezzo di ricerca della prova ha natura ibrida, poiché si presenta con caratteristiche simili a diversi istituti tipizzati, le perquisizioni, le ispezioni e le intercettazioni, ma da essi rimane comunque indipendente.

Le *online searches* non sono infatti assimilabili alle perquisizioni tradizionali disciplinate dall'art. 247 c.p.p., poiché queste ultime hanno ad oggetto la ricerca del corpo del reato o di cose pertinenti al reato e presuppongono un atto a sorpresa, ma in ogni caso palese.²⁴⁴ Parimenti deve essere esclusa la riconduzione delle perquisizioni *online* alla categoria delle ispezioni di tipo informatico, poiché, come giustamente rilevato, queste si caratterizzano per il fatto d'essere finalizzate solo a "*fotografare la realtà esistente senza alcuna apprensione di dati*".²⁴⁵ Il carattere occulto delle perquisizioni *online* potrebbe quindi indurre ad assimilarle alle intercettazioni ex art. 266-bis c.p.p., norma che consente l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi. Difetta peraltro in questo caso il carattere "comunicativo" del dato digitale appreso, da intendersi come originato da una attività umana.²⁴⁶

²⁴⁴ S. Marcolini, *Le cosiddette perquisizioni online (o perquisizioni elettroniche)*, cit., p.2858. Sarebbero poi, nel caso di specie, inapplicabili le disposizioni di cui agli artt. 250 c.p.p. (che impone la consegna all'imputato del decreto di perquisizione) e 365 c.p.p. (inerente la nomina del difensore e la facoltà di farsi assistere dallo stesso durante l'esecuzione delle operazioni).

²⁴⁵ F. Iovene, *Le perquisizioni on-line tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, cit., p.17; S. Marcolini, *Le cosiddette perquisizioni online o perquisizioni elettroniche*, in *Cass. pen.*, 2010, p.2855 e ss.; R. Flor, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla cd. Online Durchsuchung. La prospettiva delle investigazioni ad alto contenuto tecnologico e il bilanciamento con i diritti inviolabili della persona. Aspetti di diritto penale sostanziale*, cit., p.695 e ss.

²⁴⁶ In questi termini F. Iovene, *Le perquisizioni on-line tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, cit.; G. Di Paolo, (voce) *Prova informatica (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, p.736 e ss. Le intercettazioni in generale e quindi anche quelle inerenti comunicazioni informatiche o telematiche infatti si caratterizzano proprio per "*la captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscano con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da*

Infine è stata considerata, ed esclusa, l'ipotesi di un accostamento delle perquisizioni *online*, certamente invasive sotto il profilo della privacy, ad un pedinamento (sub specie di pedinamento virtuale), atto di P.G. tradizionalmente atipico e considerato dalla giurisprudenza non intrusivo della sfera privata del soggetto controllato²⁴⁷.

In assenza di collocazione sistematica le perquisizioni *online* non sarebbero dunque che catalogabili nel novero dei mezzi di ricerca della prova atipici, ai quali dovrebbe applicarsi la disciplina di cui all'art. 189 c.p.p.

Proprio perché strumento di indagine carente di disciplina legale risulta però pregiudiziale e necessaria per giungere alla conclusione della sua ammissibilità come prova atipica l'individuazione dei valori costituzionali su cui verrebbe ad incidere. L'ammissione delle *online searches* sotto l'ombrello delle prove non disciplinate dalla legge potrà avvenire allora solo se sarà appagato il requisito di rispetto del dettato costituzionale.

Analizzando la struttura e la finalità di tale mezzo investigativo è stata esclusa anzitutto una possibile compromissione del diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.), poiché questo assumerebbe rilevanza solo laddove le perquisizioni inerissero l'apprensione di comunicazioni informatiche, come le *e-mail* o le conversazioni *VoIP*. Con riguardo invece alla possibile lesione della sfera di tutela dell'art. 14 Cost. questa sembrerebbe ad una prima analisi esclusa in ragione del legame fisico richiesto tra il concetto tradizionale di "domicilio" e l'ambiente in cui si

soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato."Cass., sez. un., 24 settembre 2003, in *Cass. pen.*, 2004, p.21; conf., Cass., sez. VI, 9 febbraio 2005, in *Cass. pen.*, 2006, p.606; Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, in *Cass. pen.*, 2000, p.1419. Tale norma sarebbe quindi utilizzabile solo per l'apprensione di e-mail o conversazioni in chat.

²⁴⁷ *Ex multis*, Cass., sez. II, 30 ottobre 2008, in *Guid. dir.*, n.5, p.90; Cass., sez. VI, 11 dicembre 2007, n.15396, in *C.E.D. Cass.*, n.239638. Evidente invece l'incidenza sulla sfera privata del soggetto controllato che può avere la perquisizione online, capace di captare anche dati sensibili non attinenti alle indagini. Sul punto, S. Aterno, *Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale*, cit., p.963.

svolga l'attività privata oggetto di protezione costituzionale. Tale conclusione si scontra peraltro con un'altra evidenza: il *web* è comunque uno spazio virtuale in cui un soggetto svolge atti privati, la cognizione dei quali è esclusa a terze persone²⁴⁸.

Anche laddove non si aderisse a questa soluzione, che comporterebbe appunto l'estensione della tutela apprestata dall'art. 14 Cost. anche al "domicilio informatico",²⁴⁹ la dottrina più attenta ha evidenziato come residui pur sempre un diritto alla riservatezza tutelato ex art. 2 Cost. *sub specie* di "riservatezza informatica"²⁵⁰, che però non ponendo alcuna riserva di legge, consentirebbe che l'attività di perquisizione di un sistema informatico – prova

²⁴⁸ Parla di "domicilio informatico" F. Iovene, *Le perquisizioni on-line tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, cit.. In tema v. anche, M. Trogu, *Sorveglianza e "perquisizioni" on-line su materiale informatico*, cit., p.434, che ipotizza appunto la violazione dell'art. 14 Cost. nel caso delle perquisizioni informatiche in ragione della necessaria installazione del programma spia all'interno del sistema da monitorare, certamente catalogabile in queglii "speciali strumenti" idonei a superare le barriere poste dal soggetto controllato a protezione del domicilio, strumenti a cui ha fatto riferimento la Corte costituzionale allorché ha vincolato l'operatività dell'art. 14 Cost. in tema di videoriprese di comportamenti non comunicativi all'interno del domicilio al caso in cui siano stati apprestati adeguati accorgimenti per evitare la captazione occulta dell'attività svolta nel luogo di privata dimora (Corte cost. sent. n.149/2008).

²⁴⁹ Circostanza che porterebbe a dover ritenere inammissibili le perquisizioni *online* sia in ragione dell'assenza di una previsione legislativa che regolamenti i casi e i modi in cui queste potrebbero incidere sulla libertà di domicilio, sia in ragione del fatto che una lettura rigorosa dell'art. 14 Cost. vieterebbe limitazioni del domicilio per svolgere attività diverse da quelle espressamente elencate: ispezioni, perquisizioni o sequestri. In questi termini, M. Trogu, *Sorveglianza e "perquisizioni" on-line su materiale informatico*, cit., p.438. La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie sono peraltro attestate a non ritenere tassativa l'elencazione dell'art. 14 Cost. Sul punto, Cass., sez. un., 28 marzo 2006, cit., p. 1347 con nota di C. Conti, *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni unite elaborano la categoria dei luoghi "riservati"*, cit.; A. Camon, *Le sezioni unite sulle videoregistrazioni come prova penale*, cit., L. Filippi, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, cit., p.92.

²⁵⁰ F. Iovene, *Le perquisizioni on-line tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, cit..

da ricondursi nello schema dell'art. 189 c.p.p. - possa essere svolta se previamente autorizzata con provvedimento motivato dell'Autorità giudiziaria²⁵¹. Sebbene ad una prima valutazione la tutela apprestata dall'art. 2 Cost. al diritto alla riservatezza possa apparire inadeguata poiché, come si accennava, non pone vincoli alla sua compressione, come invece nel caso di cui agli art. 13, 14, e 15 Cost., tale diritto deve peraltro ora leggersi in connessione con l'art. 8 CEDU, che, rispetto al canone costituzionale, impone anche l'individuazione delle condizioni di limitazione di tali diritti²⁵². Tra di esse spicca la necessità che l'attività di indagine sia prevista dalla legge, ovvero che abbia una base nel diritto interno di creazione legislativa o giurisprudenziale e che sia conoscibile dall'interessato, in modo che possa prevedere le conseguenze della applicazione della misura nei suoi confronti. Volendo a questo punto analizzare la soluzione processuale accolta nel diritto interno emerge come la giurisprudenza, con riferimento ad altre attività atipiche di indagine, quali le videoriprese di comportamenti non comunicativi realizzate in luoghi riservati o le registrazioni effettuate con strumenti forniti

²⁵¹ Tali conclusioni si fondano sulle stesse argomentazioni utilizzate dalla giurisprudenza per legittimare la distinzione di disciplina tra video riprese di comportamenti non comunicativi effettuate in luoghi di privata dimora, inammissibili in quanto lesive dell'art. 14 Cost. e spazi riservati, attività ricondotta nell'art. 189 c.p.p. e con riferimento alla quale è stato ritenuto appunto sufficiente un provvedimento motivato dell'Autorità giudiziaria. Cass., sez. un., 28 marzo 2006, cit., p.3944.

²⁵² Da notare che le norme CEDU hanno nell'ordinamento interno rango interposto e quindi valore inferiore solo alle norme della Costituzione, sicchè nel caso di eventuale contrasto tra una norma di legge interna ed una norma CEDU ben potrà essere sollevata questione di legittimità costituzionale. In tema, si vedano le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale che ha concluso nei termini predetti basandosi sull'art. 117 comma 1 Cost. In tema, C. Conti, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti Cedu: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corr. giur.*, 2008, p.205; M. Cartabia, *Le sentenze <<gemelle>>:diritti fondamentali, fonti e giudici.*, in *Giur. cost.*, 2007, Vol. III, p. 3564 e ss. Il contrasto tra norma interna e CEDU deve comunque sempre inerire un deficit di tutela della norma interna rispetto a quella sovranazionale, Cass., sent. 4 dicembre 2009, n.317, in *Giur. cost.*, Vol. V, p.4747 e ss.

dalla P.G., abbia ritenuto sufficiente la garanzia di un livello minimo di tutela consistente nel provvedimento autorizzativo del p.m.²⁵³

Tale soluzione, già osteggiata dalla dottrina con riferimento a queste ipotesi, è da considerarsi certamente improponibile nel caso di specie. Ponendo infatti l'accento sulla necessità che una integrazione dinamica tra diritto interno e sovranazionale debba portare ad un rafforzamento delle libertà oggetto di tutela²⁵⁴, si deve osservare come il diritto alla riservatezza informatica sia riconosciuto non solo dall'art. 2 Cost., ma anche dall'art. 8.1 CEDU²⁵⁵, sicché

²⁵³ Ci si riferisce alle videoriprese di comportamenti non comunicativi eseguite in luoghi riservati diversi dal domicilio (Cass., sez. un. 26 marzo 2006, cit.) , alle registrazioni eseguite da un interlocutore con strumenti forniti dalla p.g. (Cass., sez. IV, 7 aprile 2010, in C.E.D. Cass., n.247384 e ai tabulati telefonici (Cass., sez .un., 23 febbraio 2000, in *Giur. it.*, 2001, p.1707), la cui apprensione (regolata dall'art. 132 d.lgs. 196/2003 modif. con d.lgs. 109/2008 di attuazione della direttiva data retention 2006/24/ CE) è stata tra l'altro ritenuta oramai incompatibile proprio con gli artt. 7 e 8 CEDU.

²⁵⁴ Così si è infatti espressa la Corte Costituzionale: “ *il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie....con la precisazione che nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti...*”. Così, Cass., sent. 4 dicembre 2009, n.317, cit., p.4748.

²⁵⁵ L'art. 8.1 CEDU stabilisce che:“ *ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza*”. La medesima tutela è apprestata dall'art. 7 della Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) laddove è previsto espressamente che:“ *..ogni persona ha diritto al rispetto della vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni*”. Inoltre l'art. 5 par. 2 della Direttiva 2002/58/CE relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche dispone:“ *..gli Stati membri assicurano, mediante disposizioni di legge nazionali, la riservatezza delle comunicazioni effettuate tramite la rete pubblica di comunicazione e i servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, nonché dei relativi dati sul traffico. In particolare essi vietano l'ascolto, la captazione, la memorizzazione e altre forme di intercettazione o di sorveglianza delle comunicazioni e dei relativi dati sul traffico ad opera di persone diverse dagli utenti, senza il consenso di questi ultimi, eccetto quando sia autorizzato legalmente a norma dell'art. 15 paragrafo 1*”. Tale ultimo riferimento normativo dispone che: “ *gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi di cui agli artt. 5 e 6..qualora tale restrizione costituisca ...una misura necessaria, opportuna e proporzionata*

eventuali limitazioni dovrebbero avvenire solo se rispettose pure delle prescrizioni dettate dall'artt. 8.2 della CEDU secondo cui:" ...non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui" . Una eventuale compressione del diritto alla "riservatezza informatica" potrebbe pertanto legittimarsi solo sulla base di una previsione legislativa e sempre nel rispetto del principio di proporzionalità. Posta l'assenza allo stato nel diritto interno di tali requisiti non può che concludersi per l'inammissibilità delle perquisizioni *online*.²⁵⁶

Il tema delle investigazioni informatiche non può però dirsi esaurito con l'analisi delle cd. perquisizioni *online*. Non minori criticità emergono infatti anche con riferimento al momento successivo di apprensione e conservazione dei dati informatici, stante l'intrinseca immaterialità e fragilità di questi. L'assenza di procedure operative generalmente accettate per l'apprensione dei dati probatori a matrice digitale, che ne garantiscano la genuinità, rappresenta infatti un evidente caso di "atipicità interna" al sistema. La l. n.48 del 18 marzo 2008²⁵⁷ intervenuta in materia non ha delineato in maniera specifica le

all'interno di una società democratica per...la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati".

²⁵⁶ S. Marcolini, *Le cosiddette perquisizioni online o perquisizioni elettroniche*, cit., p.2855 e ss., che evidenzia come l'attività di investigazione così posta in essere potrebbe portare alla configurazione delle ipotesi di reato previste dall'art.615-ter c.p. o 617 – quater c.p. Nei medesimi termini, F. Iovene, *Le cd. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, cit., p.16; M. Trogu, *Sorveglianza e "perquisizioni" on-line su materiale informatico*, cit., p.431;

²⁵⁷ Tale legge ha ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla Criminalità informatica siglata a Budapest nel 2001 ed ha introdotto alcuni correttivi alle disposizioni in tema di ispezioni , perquisizioni, sequestri, accertamenti urgenti svolti dalla P.G. e acquisizione di

modalità di raccolta delle prove digitali. Sulla base di questa legge sono state dunque solo apportate alcune, positive ma non risolutive, modifiche alle norme in tema di ispezione, perquisizione e sequestro che ora prevedono come le operazioni di apprensione delle fonti di prova digitale debbano essere svolte: “*adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l’alterazione*”.²⁵⁸ Dal punto di vista processuale tale attività viene ricondotta nel novero dei rilievi ed accertamenti urgenti di cui all’art. 354 comma 2 c.p.p., con la conseguenza che sarebbe consentito alla P.G. procedere alla immediata duplicazione dei dati informatici, in ragione della necessità che ne venga impedita l’alterazione o la perdita.²⁵⁹ Quanto alla successiva fase di analisi del dato acquisito o di ricerca di informazioni

plichi di corrispondenza (artt. 244 comma 2, 247 comma 1-bis, 254-bis, 256, 269, 352 comma 1-bis, 353, 354 c.p.p.)

²⁵⁸ Sul punto, F. Novario, *Le prove informatiche*, cit., p.130. Inoltre gli artt. 260 comma 2 e 354 c.p.p. dispongono che i sequestri di prova digitale si effettuino con l’acquisizione di una copia su “*adeguato supporto, mediante procedura che assicuri la conformità della copia all’originale e la sua immutabilità*”. Dovrà pertanto utilizzarsi un metodo che garantisca l’integrità del dato informatico e che consenta la verifica al giudicante della correttezza delle operazioni svolte dall’esperto. Quanto alla prima fase di individuazione e acquisizione materiale del dato informatico la scienza sembra orientata a ritenere affidabile la tecnica hashing, che sviluppandosi attraverso la creazione di una identica copia del supporto informatico mediante codici hash garantirebbe la conformità all’originale della stessa, consentendo di manipolare i dati senza rischio di alterazione. S. Aterno, *sub. art. 8*, in AA.VV., *Cybercrime, responsabilità degli enti e prova digitale: commento alla legge 18 marzo 2008 n.48*, Padova, 2009, p. 202; id., *Le investigazioni informatiche e l’acquisizione della prova digitale*, cit., p.956.

²⁵⁹ L. Luparia, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d’Europa. Legge 18 marzo 2008 n.48*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p.720 che esprime preoccupazione in tal senso, posto che tale attività conserva sempre un margine di rischio di alterazione dei dati in ragione del fatto che la copia viene effettuata mediante l’uso di strumenti operativi (tools) coperti da segreto e che quindi non sono verificabili. Per tale ragione sarebbe meglio, si dice, applicare la disciplina dell’accertamento tecnico irripetibile, così da assicurare all’indagato il diritto di difesa ed il contraddittorio sin dalla prima fase di acquisizione del dato informatico. In tema v. anche, F. Novario, *Le prove informatiche*, in AA.VV., *La prova penale*, cit., p.126. In tema v. anche S. Aterno, *Le investigazioni informatiche e l’acquisizione della prova digitale*, cit., p.145.

rilevanti in sede giudiziale è necessario che il procedimento utilizzato, oltre a preservare il dato da eventuali alterazioni, sia tracciato, in modo da rendere ripetibile le operazioni in vista di una perizia dibattimentale. In tale caso, alcuni autori, in linea con una pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, hanno ritenuto operativo l'art. 359 c.p.p.²⁶⁰, non ravvisando nell'attività di copia forense dei dati una attività irripetibile. Diversamente altra dottrina²⁶¹ propende per la riconduzione nella disciplina di cui all'art. 360 c.p.p., evenienza che consentirebbe alla difesa anche di poter sollecitare l'incidente probatorio. Da notare che nonostante l'importanza assegnata al rispetto della cd. *best practice* ovvero delle linee guida adottate a livello internazionale per la conservazione ed il trattamento del dato informatico, indagine che inciderebbe sulla stessa ammissibilità della prova informatica, la Suprema Corte²⁶² sembra propensa a posticipare il controllo sulla affidabilità dei metodi utilizzati e sull'attendibilità dei risultati conseguiti al momento della valutazione giudiziale. Di segno opposto l'orientamento dottrinario ²⁶³ che si esprime

²⁶⁰ Cass., sez. I, 5 marzo 2009, in *Cass. pen.*, 2010, p.1520; conf., Cass., sez. I, 9 marzo 2011, in *Cass. pen.*, 2012, p.440 con nota di M. Daniele, *Il diritto al preavviso della difesa nelle indagini informatiche*, la quale sostiene che l'estrazione dei dati archiviati in un computer non dia luogo ad un accertamento tecnico irripetibile.. Dello stesso avviso F. Novario, *Le prove informatiche*, cit., p.130 secondo cui l'accertamento tecnico in sede informatico –forense può essere solo quello di tipo ripetibile ex art. 359 c.p.p. poiché non ha ad oggetto la creazione di una copia forense dei dati cui procede necessariamente la polizia giudiziaria ex art. 348 c.p.p., in ragione dell'attività di assicurazione delle fonti di prova che le compete (artt. 55 e 347 c.p.p.), ma ha ad oggetto *l'analisi e l'osservazione dei dati cristallizzati nell'immagine forense, operazione per definizione ripetibile poiché disposta su dati imm modificabili ed identici agli originali*".

²⁶¹ L. Luparia – G. Ziccardi, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, cit., p.154; E. M. Mancuso, *L'acquisizione di contenuti e-mail*, , in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2014, p.53 e ss.

²⁶² Cass. pen., sez. II, 12 dicembre 2008, in *Guid. dir.*, 2009, n.17, p.84.

²⁶³ A. Vitale, *La nuova disciplina delle ispezioni e delle perquisizioni in ambiente informatico e telematico*, in *Dir. internet*, 2008, fasc.5, p.509 e ss.; E. Lorenzetto, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, in *Sistema penale e criminalità informatica*, a cura di L. Luparia, Giuffrè, 2009, p.162; L. Luparia, *Computer crimes e procedimento penale*, cit., p.389. C.

per la configurabilità di una vera e propria inutilizzabilità del dato digitale acquisito posto che la mancata osservanza delle misure di conservazione dei dati digitali renderebbe nulli gli stessi atti prodromici di ispezione e perquisizione con cui questi siano stati appresi. In ambito informatico infatti la duplicazione del dato digitale con l'uso di un metodo improprio o non verificabile inciderebbe direttamente sulla genuinità e sull'idoneità dimostrativa della prova raccolta ed equivarrebbe pertanto a sottoporre al giudicante un dato probatorio diverso da quello originariamente acquisito. Tale circostanza dovrebbe portare alla esclusione *ab origine* di tale prova in quanto incidente sulla valutazione dell'idoneità della tecnica usata ad assicurare l'accertamento dei fatti richiesta ex art. 189 c.p.p. La prova informatica dovrebbe infatti annoverarsi nel catalogo delle "prove scientifiche nuove o controverse" con riferimento alle quali trova applicazione la disciplina delle prove atipiche.

Questa esegesi normativa è stata peraltro oggetto di intenso dibattito ²⁶⁴, essendosi osservato come gli strumenti informatici non possano qualificarsi come strumenti tecnologicamente sconosciuti alla prassi giudiziaria né siano da considerarsi controversi, poichè anzi riconosciuti dal legislatore, proprio attraverso l'introduzione delle tecniche di *computer forensics* con la l. n.48 del 2008. Ad essa infatti andrebbe il merito di aver sottratto le investigazioni informatiche all'area dell'atipicità probatoria²⁶⁵. Al contrario numerose sono le incertezze applicative su cui tale legge non è intervenuta. Basti pensare

Conti, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 790. *Contra*, Bragò, *L'ispezione e la perquisizione di dati*, cit., p.191; Mauro Trogu, *Sorveglianza e perquisizione on-line su materiale informatico*, cit., p.456.

²⁶⁴ F. Novario, *Le prove informatiche*, cit., p.139; L. Luparia, *Sistema penale e criminalità informatica*, cit., p.165 Cass., Trib. Teramo, 6 febbraio 2002, in *Giur. mer.*, 2003, p.1476; Trib. Bari, sez. III, 20 gennaio 2004, in *Giur. mer.*, 2004, p.1390; App. Bologna, sez. II, 27 marzo 2008, in *Nuovo dir.*, 2008, 3-4, p.122.

²⁶⁵ Così, G. Bragò, *L'ispezione e la perquisizione di dati, informazioni e programmi informatici*, in L. Luparia, *Sistema penale e criminalità informatica*, cit. p.182 e ss. F. Iovene, *Perquisizione e sequestro di computer: un'analisi comparativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p.1608.

all'assenza di una specifica regolamentazione delle modalità di selezione dei *files* rilevanti per le indagini e di espunzione di quelli non pertinenti o ancora alle difficoltà di inquadramento della disciplina in tema di apprensione delle *e-mail* ²⁶⁶, qualora in particolare queste siano state immesse nel sistema ma non siano ancora pervenute nella disponibilità del destinatario. Mentre infatti risulta non contestata la possibilità di sottoporre a sequestro la corrispondenza telematica che sia già stata letta²⁶⁷, al pari di quella cartacea e che in generale la captazione del flusso informatico sia da assoggettare al regime delle intercettazioni *on-line* ex art. 266 bis c.p.p. stante la chiara natura comunicativa delle stesse, nessuna disciplina si rinviene nel caso in cui la mail si trovi allocata in sosta presso il server del destinatario e dunque non sia ancora concretamente giunta a destinazione, problema aggravato dal fatto che la comunicazione elettronica non dà luogo ad un unico flusso di dati, ma si suddivide in un vero e proprio itinerario, che parte dall'invio della mail al

²⁶⁶ In tema, E. M. Mancuso, *L'acquisizione di contenuti e-mail*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Gappichelli, 2014, p.53 e ss.; F. Zacchè, *L'acquisizione della posta elettronica nel processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, n.4, p.106. F.M. Molinari, *Le attività investigative inerenti alla prova di natura digitale*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1261. Da notare che tali autori si dicono contrari alla riconduzione del "biglietto elettronico" nel novero delle prove atipiche.

²⁶⁷ La corrispondenza rappresenta una *species* del *genus* comunicazioni da intendersi in generale come: " quei rapporti psichici diretti, ancorchè, mediati, consistenti nella trasmissione di idee o notizie, che una persona compie verso una o più persone determinate, col mezzo di cose atte a fissare, trasmettere e ricevere l'espressione del pensiero".Così, P. Barile – E. Cheli, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, p.744. Ne deriva che la corrispondenza riceverebbe tutela a livello costituzionale ex art. 15 Cost. a prescindere dal mezzo usato per la sua trasmissione. La differenza rispetto alla manifestazione del pensiero tutelata a sua volta dall'art. 21 Cost. consisterebbe invece nella intersubiettività della corrispondenza, ovvero nella necessità che il messaggio abbia ad oggetto uno o più destinatari determinati e nella sua attualità. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo è del resto propensa ad accogliere un significato ampio di corrispondenza comprensiva non solo di quella epistolare ma di qualsiasi forma di comunicazione privata, Corte. Eur. dir. uomo, 6 settembre 1978, Klass c. Repubblica federale tedesca, in *Riv. dir. inter.*, 1980, p.200. La tutela di cui all'art. 15 Cost. deve poi estendersi anche ai dati esteriori delle comunicazioni, Corte. Cost., 11 marzo 1993, n.81, in *Giur. cost.*, 1993, p.731.

server di posta del mittente e da questo al server del destinatario ed ancora da questo alla mail dello stesso. Per tale ragione la dottrina appare orientata a ritenere sempre applicabile la normativa in tema di intercettazioni ex art. 266-bis c.p.p.²⁶⁸ per la captazione delle mail allorchè il flusso delle comunicazioni sia in stato dinamico, riservando invece la disciplina del sequestro di cui agli artt. 254 comma 1 c.p.p. e 254-bis c.p.p. e in via residuale solo qualora i messaggi di posta elettronica si trovino temporaneamente memorizzati presso l'*internet service provider*, poiché tali previsioni consentono la possibilità di sequestrare presso il fornitore di servizi telematici o di telecomunicazioni corrispondenza inoltrata per via telematica e che si deve supporre non ancora conosciuta dal destinatario.²⁶⁹ Il discrimine tra intercettazione e sequestro risiederebbe pertanto nel momento di intervenuto "recapito" del documento informatico²⁷⁰ che si fa coincidere con la sua allocazione presso gli spazi del server di posta in entrata del gestore del servizio di posta elettronica del destinatario. Anche nella successiva fase dinamica in cui la mail passerebbe però dal server del ricevente al contenitore virtuale detto "casella di posta elettronica" alcuni autori ipotizzano comunque il rinvio alla disciplina più garantista di cui all'art. 266-bis c.p.p. poiché, si dice, il messaggio non sarebbe ancora entrato nella piena disponibilità del destinatario, nel senso di non aver ancora esaurito la funzione comunicativa che gli è demandata.²⁷¹

²⁶⁸ R. Orlandi, *Questioni attuali in tema di processo penale ed informatica*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 135; L. Luparia, *Computer crimes*, cit., p. 387.

²⁶⁹ R.E. Kostoris, *Ricerca e formazione della prova elettronica: qualche considerazione introduttiva*, in *Nuove tendenze di giustizia penale di fronte alla criminalità informatica*, *Aspetti sostanziali e processuali*, a cura di F. Ruggeri e L. Picotti, cit., p.180.

²⁷⁰ Tale momento è peraltro di difficile individuazione. Secondo parte della dottrina infatti questo coinciderebbe con il momento in cui la posta elettronica risulti in uscita per il programma di gestione e non ancora aperta dal destinatario, trovandosi memorizzata sul computer remoto. A. Logli, *Sequestro probatorio di un personal computer. Misure ad explorandum e tutela della corrispondenza elettronica*, in *Cass. pen.*, 2008, p.2958.

²⁷¹ R. Orlandi, *Questioni attuali in tema di processo penale e informatica*, cit., 2009, p.134; E. M. Mancuso, *L'acquisizione di contenuti e-mail*, cit., p.69.

Non è dato sapere però che disciplina dovrebbe applicarsi nel caso, tutt'altro che remoto, di invio di una *e-mail* "a se stessi", ove quindi mittente e destinatario coincidano. E' certo che in tale evenienza, qualora il documento informatico si trovi in situazione dinamica, debba escludersi l'applicazione del regime delle "intercettazioni" ex art. 266-bis c.p.p., poiché mancherebbe l'alterità del destinatario della comunicazione. E' infatti dato oramai acquisito che la nozione di intercettazione di comunicazioni, siano esse telefoniche, telematiche o informatiche, richieda sempre la captazione clandestina da parte di un soggetto terzo del contenuto:" ..di una comunicazione riservata tra due o più persone".²⁷² Evidente che il canone di atipicità occuperà sempre più spazio nell'architettura probatoria nazionale e sovranazionale ²⁷³ in ragione delle

²⁷² Cass., sez. un., 28 maggio 2003, in *Arch. n. proc. pen.*, 2003, p.540. Tale circostanza comporterebbe però una ingiustificata diminuzione di tutela per l'indagato derivante proprio dall'applicazione dell'art. 189 c.p.p. anzicchè dall'art. 266-bis c.p.p.

²⁷³ Del resto la problematica in tema di acquisizione della prova digitale oltrepassa le barriere nazionali qualora come spesso accade le comunicazioni telematiche riguardino sistemi informatici con provider situati all'estero. L'importanza di tale tipo di indagine è testimoniata dagli interventi di matrice europea che hanno tentato di regolamentare la materia. Tra queste la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica siglata a Budapest il 23.11.2001 che si occupa, nella parte terza, proprio della assistenza giudiziaria finalizzata alla ricerca ed alla apprensione dei dati digitali presenti nei sistemi informatici o circolanti in rete, prevedendo in particolare la possibilità di richiesta di assistenza finalizzata alla perquisizione, sequestro o divulgazione di dati immagazzinati in un sistema informatico situato nel territorio dello stato richiesto; l'accesso diretto a dati contenuti in un sistema informatico situato nel territorio di un altro stato; la richiesta di assistenza per la raccolta in tempo reale di comunicazioni trasmesse attraverso l'uso di un sistema informatico ed infine la richiesta di assistenza per la raccolta in tempo reale dei dati di traffico. Si noti infine che anche la proposta di direttiva riguardante l'ordine europeo di indagine penale (o.e.i.) contiene norme che legittimeranno l'acquisizione di tali dati digitali. La proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio europeo di indagine penale (2010/C 165/02) si trova pubblicata in G.U.U.E. 24 giugno 2010 n. C 165, 22. Nella medesima direzione si muove anche la proposta di istituzione della Procura europea che avrà infatti ampi ed autonomi poteri investigativi in tutti i territori dell'Unione Europea. Come è stato autorevolmente affermato l'effetto di tale strumento sarebbe quello di: "*cambiare la conformazione delle prescrizioni in tema di prova previste*

difficoltà pratiche di elaborare una disciplina contenitiva delle molteplici ipotesi di atipicità gnoseologica o sistematica che conseguono al progresso tecnico-scientifico, per cui l'art. 189 c.p.p. sembra destinato a divenire operativo in via generale unitamente alle tradizionali regole legali previste nel codice di procedura penale.

nel nostro sistema, mutandole da precise regole legislative in principi flessibili, il cui contenuto deve essere riempito caso per caso dalla giurisprudenza...”; cfr. M. Daniele, La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull’ordine europeo di indagine penale, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 20 novembre 2014. Su tali temi, v. anche R.E. Kostoris, Manuale di procedura penale europea, cit., p.204 – 314; S. Allegrezza – F. Nicolichia, L’acquisizione della prova all’estero e i profili transnazionali, in G. Canzio – L. D. Cerqua – L. Luparia (a cura di), Diritto penale delle società, t. II, Cedam, 2014, p.1292 e ss. Con riguardo in particolare all’ordine europeo di indagine penale; cfr., L. Camaldo, L’istituzione del procuratore europeo e la tutela degli interessi finanziari dell’unione europea, Giappichelli, 2014, p.V e ss.; L. Camaldo – F. Cerqua, La direttiva sull’ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove, in Cass. pen., 2014, p.3511 e ss.; G. Fiorelli, Nuovi orizzonti investigativi: l’ordine europeo di indagine penale, in Dir. proc. pen., 2013, p.705 e ss.

BIBLIOGRAFIA

S. ALLEGREZZA, *Le misure coercitive nelle << Model Rules for the Procedure of European Public Prosecutor's Office >>*, in F. Ruggeri - T. Rafaraci - G. Di Paolo - S. Marcolini - R. Belfiore (a cura di), *Processo penale, lingua e Unione Europea*, Padova, 2013.

S. ALLEGREZZA, *Verso una Procura Europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Idee di ieri, chances di oggi, prospettive di domani*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 31 ottobre 2013.

S. ALLEGREZZA – F. NICOLICCHIA, *L'acquisizione della prova all'estero e i profili transnazionali*, in G. Canzio – L. D. Cerqua – L. Luparia (a cura di), *Diritto penale delle società*, t. II, Cedam, 2014.

E. AMODIO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1967.

E. AMODIO, *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p.448.

E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p.311.

E. AMODIO, *L'assunzione delle prove in dibattimento*, in *Quaderni C.S.M.*, 1991, p. 25.

E. AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 3.

E. AMODIO, *Il diritto delle prove penali nel pensiero di Mirjan Damaska*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p.15.

E. APRILE, *Le indagini tecnico- scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p.4034.

E. APRILE, voce *Captazioni atipiche*, in A. Scalfati (diretto da), *Dig. proc. pen. online*, Giappichelli, 2012.

S. ATERNO, *sub. art.8*, in AA.VV., *Cybercrime, responsabilità degli enti e prova digitale: commento alla legge 18 marzo 2008 n.48*, Padova, 2009.

S. ATERNO, *Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale*, in *Giur. merito*, 2013, p.955.

M. BARGIS, *Note in tema di prova scientifica*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p.47.

P. BARILE – E. CHELI, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, p.744.

T. BENE, *Il pedinamento elettronico: truismi e problemi spinosi*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2014.

A. BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale. Struttura e procedimento probatorio*, Giappichelli, 2003.

A. BERNASCONI, *Il riconoscimento fotografico curato dalla polizia giudiziaria*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2014.

V. BONSIGNORE, *L'acquisizione di copie in luogo del sequestro: un atto atipico delle garanzie difensive*, in *Cass. pen.*, 1998, p.1504.

M. BONTEMPELLI, *La ricognizione*, in P. FERRUA – E- MARZADURI – G. SPANGHER (a cura di), *La prova penale*, Giappichelli, 2013.

G. BORRELLI, *Riprese filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2001, p.2446.

C. BOTTI, *Ma il sensore posto nell'autoveicolo potrebbe violare il domicilio*, in *DeG*, 2002, n.22, p.17.

V. BOZIO, *La prova atipica*, in P. FERRUA – E- MARZADURI – G. SPANGHER (a cura di), *La prova penale*, Giappichelli, 2013.

G. BRAGO', *L'ispezione e la perquisizione di dati, informazioni, e programmi informatici*, in L. Luparia (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica*, Giuffrè, 2009.

C. BRUSCO, *Il vizio di motivazione nella valutazione della prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.* , 2004, p.1413.

C. BRUSCO, *La valutazione della prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2008,p.23.

F. CAJANI, *I nuovi mezzi di ricerca della prova: video riprese investigative, agente segreto attrezzato per il suono, pedinamento elettronico ed appostamenti informatici, installazione di captatori informatici*, in AA.VV., *Computer forensics e indagini digitali. Manuale tecnico-giuridico e casi pratici*, Vol. II, Forlì, 2011.

L. CAMALDO, *L'istituzione del procuratore europeo e la tutela degli interessi finanziari dell'unione europea*, Giappichelli, 2014.

L. CAMALDO – F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, p.3511.

A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove "incostituzionali"*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1192.

A. CAMON, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p.1556.

A.CAMPO, *Appunti in tema di ricognizione e "ravvisamento"*, in *Cass. Pen.*, 1994, p.127.

R. CANTONE, *Le ricognizioni informali di cose diventano atti irripetibili*, in *Cass. pen.*, 1995, p.1296.

A.M. CAPITTA, *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, Milano, 2001.

A.M. CAPITTA, *Captazioni audiovisive eseguite nel bagno di un locale pubblico*, in *Cass. pen.*, 2005, p.2666.

M. CAPPELLETTI, *La natura delle norme sulle prove*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p.95.

F. CAPRIOLI, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione "per immagini"*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2189.

F. CAPRIOLI, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p.3520 .

F. CAPRIOLI, *Scientific evidence e logiche del probabile nel processo per il “delitto di Cogne”*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1872.

L. CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, II ed., Milano, 2005.

M. CARTABIA, *Le sentenze <<gemelle>>:diritti fondamentali, fonti e giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, Vol. III, p. 3564.

R. CASIRAGHI, *Il caso Horvatic’ contro Croazia: inutilizzabilità per la decisione di prove scientifiche raccolte in sede di indagine senza la garanzia del contraddittorio*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 31 ottobre 2013.

B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 687.

S. CAVINI, *Il riconoscimento informale di persone o di cose come mezzo di prova atipico*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 387.

M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo ed il suo contributo al rinnovamento del processo penale italiano*, in *Riv. dir. int.*, 1974, p.474.

A. CIAVOLA, *Prova testimoniale e acquisizione per suo tramite del contenuto delle intercettazioni telefoniche*, in *Cass. pen.*, 2000, p.488.

A. CISTERNA, *I filmati nel privè di un locale pubblico possono rientrare tra le prove atipiche*, in *Guid. dir.*, 2006, p. 66.

G. CONSO, *La natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p.20.

G. CONSO – V. GREVI – G.P. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati, Vol. I, La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989.

G. CONSO – V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2010.

M. CONTE – M. GEMELLI – F. LICATA, *Le prove penali*, Milano, 2011.

C. CONTI, *Le video riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi riservati*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p.1358.

C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007.

F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963.

F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986.

F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006.

L. CRICRI', *Sulla natura delle captazioni visive di condotte << non comunicative>>*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 583 .

M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 20 novembre 2014.

M. DANIELE, *Prelievi e trasmissione di dati genetici*, in R.E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea (a cura di)*, Giuffrè, 2014.

L. D'AURIA, *Blood pattern analysis e ragionamento del giudice*, in *Gius. Pen.*, 2006, c.220.

M. DE ANGELIS, *La videosorveglianza ed il teleallarme: le nuove frontiere dell'attività di vigilanza*, in *Riv. polizia*, 2002, p. 409.

G. DE FALCO, *Sulle videoriprese più ombre che luci: non basta il dictum delle sezioni unite*, in *Dir. gius.*, 2006, p.71.

R. DEL COCO, *Registrazioni audio-video su impulso dell'investigatore*, in A. Scalfati, *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2014.

G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali ed il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p.1269.

V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p.414.

M. L. DI BITONTO, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2006, p.3958.

F. DINACCI, *L'irrilevanza processuale delle registrazioni di conversazioni tra presenti*, in *Giur. it.*, 1994, p.70.

F. DINACCI, *Localizzazione attraverso celle telefoniche*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2014.

G. DI PAOLO, *Acquisizione dinamica dei dati relativi all'ubicazione del cellulare ed altre forme di localizzazione tecnologicamente assistita. Riflessioni a margine dell'esperienza statunitense*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1219.

G. DI PAOLO, (voce) *Prova informatica (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, p.736.

O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, 2005.

O. DOMINIONI, *L'ammissione della nuova prova penale scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, Dossier *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini Paolo, 2008, p.21.

C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009.

P. FELICIONI, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale. Lineamenti costituzionali e prospettive di riforma*, in *Ind. Pen.*, 1999, p.502.

P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p.61.

P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Milano, 2007.

P. FELICIONI, *Perquisizione, sequestro e prelievo di materiale biologico*, in *Osservatorio del processo penale*, 2008, 3, p. 14.

P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al trattato di Prum: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in *Dir. pen. proc.*, *Gli speciali, Banca dati nazionale del Dna e prelievo di materiale biologico*, a cura di P. Tonini, P. Felicioni e A. Scarcella, 2009, p. 16.

P. FELICIONI, *Riconoscimento vocale condotta dalla polizia giudiziaria*, in A. Scalfati, *Le indagini atipiche* (a cura di), Giappichelli, 2014.

P. FERRUA, *Sulla legittimità della ricognizione compiuta contro la volontà dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1990, p.653.

P. FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. Giust.*, 2000, p.49.

P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2005.

L. FILIPPI, *Il revirement delle Sezioni unite sul tabulato telefonico: un'occasione mancata per riconoscere una prova incostituzionale*, in *Cass. pen.*, 2000, p.3254.

L. FILIPPI, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, in *Dir. pen. proc*, 2001, p. 92.

L. FILIPPI, *Le sezioni unite decretano la morte dell'agente segreto attrezzato per il suono*, in *Cass. pen.*, 2004, p.2094.

L. FILIPPI, *La Consulta riconosce che l'home watching è una prova incostituzionale*, in *Gius. Pen.*, 2008, I, p.252.

L. FILIPPI, *Intercettazione*, in P. Ferrua – E. Marzaduri – G. Spangher (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2013.

G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. proc. pen.*, 2013, p.705.

R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla cd. Online Durchsuchung. La prospettiva delle investigazioni ad alto contenuto tecnologico e il bilanciamento con i diritti inviolabili della persona. Aspetti di diritto penale sostanziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, p.697.

E. FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1924.

G. FRIGO, *La rinascita del modello accusatorio figlia dello scandalo di un codice ripudiato*, in *Guid. dir.*, 2001, n.13, p.34.

G. FUMU, *Intercettazioni*, in *Le prove*, coord. da E. Marzaduri, t. II, Torino, 1999.

A. FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Torino, 2007.

C. GABRIELLI, <<Accertamenti medici>> dai confini troppo incerti, in *Guid. dir.*, 2009, n.30, p.71.

P. GAETA, *Dichiarazioni di indagato "provocate" da agenti infiltrati: la libertà di autodeterminazione quale canone di utilizzabilità*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 967.

N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992.

N. GALANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, p.690.

N. GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, p.1989.

V. GALBUSERA, *Note sul riconoscimento informale all'udienza dibattimentale*, in *Giust. Pen.*, 1995, III, p.464.

D. GENTILE, *Tracking satellitare mediante g.p.s.: attività atipica di indagine o intercettazione di dati*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1464.

A. GHIRARDINI – G. FAGGIOLI, *Computer forensics*, Milano, 2007.

A. GHIRARDINI – G. FAGGIOLI, *Digital forensics*, Milano, 2013.

M. GJALUZ, *L'accesso al corpo tramite strumenti diagnostici*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2014.

G. GIOSTRA, *Prova e contraddittorio. Note a margine di una garbata polemica*, in *Cass. pen.*, 2002, p.3288.

V. GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso - V. Grevi, Padova, 2010.

F.M. GRIFANTINI, *Sub. art. 189 c.p.p.*, in G. Conso e V. Grevi (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Milano, 2005.

D. IACOBACCI, *Sulla necessità di riformare la disciplina delle intercettazioni, prendendo le mosse dalle esitazioni applicative già note*, in *Giust. Pen.*, III, 2011, P.365.

F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997.

G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P. Ferrua, F.M. Grifantini, G. Illuminati, R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007.

F. IOVENE, *Perquisizione e sequestro di computer: un'analisi comparativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p.1608.

F. IOVENE, *Le perquisizioni on-line tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 22 luglio 2014.

R.E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris e R. Orlandi, Torino, 2006.

R.E. KOSTORIS, *Ricerca e formazione della prova elettronica: qualche considerazione introduttiva*, in F. RUGGERI – L. PICOTTI, *Nuove tendenze di giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2011.

R.E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2014.

A. LARONGA, *Le prove atipiche nel processo penale*, Cedam, 2002.

A. LARONGA, *L'utilizzabilità probatoria del controllo a distanza eseguito con sistema satellitare g.p.s.*, in *Cass. pen.*, 2002, p.3054.

G. LEO, *Necessario il provvedimento autorizzativo dell'Autorità giudiziaria per il ricorso al cd. <<agente segreto attrezzato per il suono>>*, in *www.diritto penale contemporaneo.it*, 19 marzo 2012.

G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961.

A. LOGGI, *Sequestro probatorio di un personal computer. Misure ad explorandum e tutela della corrispondenza elettronica*, in *Cass. pen.*, 2008, p.2958.

S. LONATI, *Il contraddittorio nella formazione della prova orale e i principi della CEDU: una proposta de iure condendo*, in *www.diritto penale contemporaneo.it*, 16 luglio 2012.

E. LORENZETTO, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, in L. Luparia (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica*, Giuffrè, 2009.

S. LORUSSO, *Investigazioni scientifiche, verità processuale ed etica degli esperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p.1345.

L. LUPARIA – G. ZICCARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milano, 2007.

L. LUPARIA, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Legge 18 marzo 2008 n.48*, in *Dir. pen. proc.*, 2008.

P. MAGGIO, *Ascolto occulto delle conversazioni tra presenti*, in A. Scalfati, *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2014.

A. MALINVERNI, *Principi del processo penale*, Torino, 1972.

E. M. MANCUSO, *L'acquisizione di contenuti e-mail*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Gappichelli, 2014.

V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. III, Torino, 1956.

S. MARCOLINI, *Le cosiddette perquisizioni online o perquisizioni elettroniche*, in *Cass. pen.*, 2010, p.2855.

S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in corso di pubblicazione su *Cass. pen.*, 2015, n.2.

C. MARINELLI, *Le << intercettazioni di immagini >> tra questioni interpretative e limiti costituzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1270.

C. MARINELLI, *Le videoriprese investigative al vaglio delle Sezioni Unite: i limiti di impiego negli spazi riservati di natura extradomiciliare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p.1574.

C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, 2007.

C. MARINELLI, *Le videoriprese investigative in luoghi esposti al pubblico: verso la progressiva emersione dei criteri di qualificazione degli ambiti spaziali soggetti alle operazioni*, in *Cass. pen.*, 2007, p.4648.

F.S. MARINI, *La costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà sotto-ordinata?*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1076.

O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 18 dicembre 2012.

A. MELCHIONDA, *Ricognizioni e confronti*, in *Le prove*, coordinato da E. Marzaduri, t. II, Torino, 1999, p.259.

F.M. MOLINARI, *Le attività investigative inerenti alla prova di natura digitale*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1261.

M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.

M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezione agli studenti*, Bologna, 1989.

M. NOBILI, *Il nuovo diritto delle prove e un rinnovato concetto di prova*, in *Leg. pen.*, 1989, p.395.

M. NOBILI, *sub. art. 189 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavari, vol. II, Torino, 1990, p.397.

M. NOBILI, *Gli atti a contenuto probatorio nella fase delle indagini preliminari*, in *Crit. dir.*, 1991, n.2.

M. NOBILI, *Storia di una illustre formula: il “libero convincimento” negli ultimi trent’anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p.71.

F. NOVARIO, *Le prove informatiche*, in P. Ferrua - E. Marzaduri - G. Spangher (a cura di) , *La prova penale*, Giappichelli, 2013.

R. ORLANDI, *Atti e informazioni della Autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extra costituite*, Milano, 1992.

R. ORLANDI, *Questioni attuali in tema di processo penale e informatica*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p.134.

A. PACE, *Le videoregistrazioni ambientali tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2002, p.1070.

A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia, dai <<philosophes>> alla costituente*, Edizioni Universitarie di lettere economia diritto, 1994.

I. PALMA, *Considerazioni sul principio di tassatività dei mezzi di prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p.404.

C. PANSINI, *E’ valida la prova “ atipica” senza la preventiva audizione delle parti?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p.1258.

P. PERETOLI, *Controllo satellitare con G.P.S.: pedinamento o intercettazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p.94.

F. PERNA, *Mezzi atipici di ricerca della prova nella attività di polizia giudiziaria: videosorveglianza, pedinamento e localizzazione satellitare*, in *Riv. polizia*, 2007, p.672.

D. PICOTTI, *La ratifica della convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p.701.

F. PLOTINO, *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1994.

S. PRIORI, *La ricognizione di persona: cosa suggerisce la ricerca psicologica*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p.1284.

A. PROCACCINO, *Prove atipiche*, in A. Gaito, *La prova penale*, vol. I, Torino, 2008.

T. RAFARACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.*, 1998, p.1739.

S. RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3562.

G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999.

U. RICCI – C. PREVIDERE' - P. FATTORINI – F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità. Aspetti giuridici, biologici e probabilistici*, Milano, 2006.

G. RICCIO – A. FURGIUELE, *Nuove letture dibattimentali e forme "alternative" di acquisizione probatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p.608.

G. RICCIO, *Presentazione*, in A. Furguele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Torino, 2007.

P. P. RIVELLO, *La prova scientifica*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, Giuffrè, 2014.

G. SANTACROCE, *Prelievo coattivo del sangue a scopo probatorio e tutela della libertà personale*, in *Cass. pen.*, 1996, p.3570.

F. SBISA', *Cenni sul computer come strumento di prova nel processo penale*, in *Foro ambr.*, 2000, p.98.

A. SCELLA, *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, prelievi e tutela del diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1990, II, p. 279.

S. SIGNORATO, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 580.

A.SPATARO, *Le intercettazioni telefoniche: problemi operativi e processuali*, in *Quaderni C.S.M.*, 1994, 69, p.155.

M. STRAMAGLIA, *Il pedinamento satellitare: ricerca ed uso di una prova <<atipica>>*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p.213.

G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le <<prove atipiche>> tra teoria e prassi*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p.388.

M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p.667.

M. TIBERI, *Ricognizioni*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. II, Torino, 2005, p. 1422.

P. TONINI , *Manuale di procedura penale*, Milano, 2000.

P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, 2^a ed., Milano, 2014.

G. TRANCHINA, *Il valore probatorio del riconoscimento di persone mediante fotografia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p.1007.

N. TRIGGIANI, *Le videoriprese investigative*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2014.

M. TROGU, *Sorveglianza e “perquisizioni” on-line su materiale informatico*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2014.

G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, 1995, p.296.

G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Utet, 1995.

G. UBERTIS, *Prova e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p.1182.

G. UBERTIS, *La prova scientifica e la nottola di Minerva*, in *Indice penale*, 2006, p.501.

G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 8.

G. UBERTIS, *Il giudice, la scienza e la prova*, in *Cass. pen.*, 2011, p.4114 .

G. VARRASO, *Neuroscienze e consulenza investigativa*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, 2014.

G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in Id., *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1997, p.177.

L.G. VELANI, *Nuove tecnologie e prova penale: il sistema di individuazione satellitare g.p.s.*, in *Giur. it.*, 2003, p. 2372.

P. VENTURA, *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, Giuffrè, 2005.

M. VESSICHELLI, *Sulla possibilità della polizia giudiziaria di effettuare di propria iniziativa raffronti tra impronte digitali*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 694.

A. VITALE, *La nuova disciplina delle ispezioni e delle perquisizioni in ambiente informatico e telematico*, in *Dir. internet*, fasc. 5, 2008, p. 509.

F. ZACCHE', *La prova atipica*, in *Digesto del processo penale online*, diretto da A. Scalfati, Giappichelli, 2012.

F. ZACCHE', *L'acquisizione della posta elettronica nel processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, n.4, p.106.

E. ZAPPALA', *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, 1982.

G. ZICCARDI, *Informatica giuridica. Privacy, sicurezza informatica, computer forensics e investigazioni digitali*, Milano, 2008.